Zum Recht der Erfüllungshinterlegung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Carl Plaskuda

Referendar in Bonn.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0155

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Allgemeiner Teil.

§ 1. I. Einleitung: Die Folgen der Unanbringlichkeit einer Schuld. Allgemeine Bedeutung der römischen depositio und der ihr entsprechenden Hinterlegung des geltenden Rechts 1

II. Der Unterbau des Schuldhinterlegungsrechts.

§ 2. 1. Das Recht des Schuldners auf Befreiung 4

§ 3. 2. Entwicklungsgeschichtliches 6

III. Allgemeines über die Schuldhinterlegung des geltenden Rechts.

§ 4. 1. Gesetzesquellen 10

§ 5. 2. Die Ergänzungs- und Ersatzmittel der öffentlichen Hinterlegung 13

Besonderer Teil.

Das geltende Schuldhinterlegungsrecht.

I. Die Voraussetzungen wirksamer Hinterlegung.

1. Notwendige Voraussetzungen.

A. Die bei dem Hinterlegungsakte handelnd auftretenden Subjekte.

§ 6. a) Die Person des Hinterlegenden 19

§ 7. b) Die Hinterlegungsstelle 23

B. Rechtsgründe der Hinterlegung.

a) Die Rechtsgründe des § 372 BGB.

α) Verzug der Annahme.

§ 8. αα) Verzug der Annahme als solcher . . 25

ββ) Annahmeverzug und Abnahmepflicht.

§ 9. ααα) Fragestellung 29

§ 10. βββ) Die Abnahmepflicht des Käufers 31

§ 11. γγγ) Die Abnahmepflicht des Werkbestellers 37

β) Objektive Ungewißheit des Gläubigers.

§ 12. αα) Objektive Ungewißheit des Gläubigers und Annahmeverzug 39

§ 13. ββ) Fälle der objektiven Ungewißheit . . 46

§ 14. γ) Subjektive Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers 48

Seite

§ 15. b) Die gesetzlichen Anwendungsfälle der Hinterlegung 51
C. Gegenstand der Hinterlegung.
§ 16. a) Unmittelbar: Geld, Wertpapiere und andere Schrifturkunden sowie Kostbarkeiten 53
§ 17. b) Mittelbar: Gewinnung im Wege des Selbsthilfeverkaufs 57
§ 18. D. Zeitpunkt der Hinterlegung und Hinterlegung mit Vorbehalt 63
§ 19. 2. Sollvoraussetzungen der Hinterlegung 64
II. Die Wirkungen der rechtmäßigen Hinterlegung.
1. Das Hinterlegungsverhältnis (Rechtsverhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle einerseits und den am Schuldverhältnis Beteiligten andererseits).
A. Rechtssphäre des Hinterlegungsverhältnisses für Preußen: es gehört zur Sphäre der privatrechtlichen Verhältnisse.
a) Vorbemerkungen.
§ 20. α) Fragestellung 66
§ 21. β) Die praktische Bedeutung der Frage nach der Rechtssphäre des Hinterlegungsverhältnisses 67
γ) Erkenntnisquellen.
§ 22. αα) Im allgemeinen 70
§ 23. ββ) Die preußische Hinterlegungsordnung 71
§ 24. γγ) Die einschlägige Judikatur und Literatur 74
b) Das Hinterlegungsverhältnis ist ein privatrechtliches.
§ 25. α) Aus allgemeinen Gründen 76
§ 26. β) Gemäß der Hinterlegungsordnung 80
γ) Gemäß dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
§ 27. αα) Das Hinterlegungsverhältnis ist nach seinem tatsächlichen Inhalte ein privatrechtliches 85
§ 28. ββ) Das Hinterlegungsverhältnis ist nach der Haftpflicht der Hinterlegungsstelle ein privatrechtliches 88
§ 29. B. Benennung des Hinterlegungsverhältnisses: Das Hinterlegungsverhältnis als privatrechtlicher Verwahrungsvertrag und als Versprechen der Leistung an einen Dritten 91
C. Die Rechtsstellung der am Hinterlegungsverhältnisse beteiligten Subjekte.
a) Die Rechtsstellung des Schuldners gegenüber der Hinterlegungsstelle, insbesondere das Rücknahmerecht des Schuldners.
§ 30. α) Der Anspruch des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle auf Leistung an den Gläubiger. — Begriff und Inhalt des Rücknahmerechts 97

Seite

§ 31. β) Der Wegfall des Rücknahmerechts 103
b) Die Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber der Hinterlegungsstelle.
§ 32. α) Das Empfangsrecht des Gläubigers 106
§ 33. β) Die Präklusion des Gläubigers 107
§ 34. c) Die Rechtsstellung der Hinterlegungsstelle 114
2. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung, insbesondere die dingliche Rechtsstellung des Hinterlegungsgläubigers gegenüber anderen Gläubigern des Hinterlegungsschuldners.
§ 35. A. Die Eigentumsverhältnisse nach der Hinterlegung und ihre Folgen. — Bedeutung und Zweck des § 377 BGB. ihnen gegenüber 119
§ 36. B. Der Übergang des Eigentums an dem Hinterlegungsobjekte auf den Gläubiger und der Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers 121
§ 37. C. Die Unpfändbarkeit des Rücknahmerechts 129
§ 38. D. Zweckentsprechende Begrenzung der Unpfändbarkeit . . 135
3. Die Wirkungen der Hinterlegung auf das Schuldverhältnis.
§ 39. A. Rückblick auf bisheriges Recht 140
B. Die Wirkungen der widerruflichen Hinterlegung auf das Schuldverhältnis.
§ 40. a) Die Wirkungen als solche, insbesondere das Verweisungsrecht des Schuldners 141
§ 41. b) Die Wirkungen der Rücknahme 149
§ 42. C. Die Wirkungen der unwiderruflichen Hinterlegung auf das Schuldverhältnis 154

Allgemeiner Teil.

I. Einleitung.

§ 1.

Die Folgen der Unanbringlichkeit einer Schuld. — Allgemeine Bedeutung der römischen depositio und der ihr entsprechenden Hinterlegung des geltenden Rechts.

Der natürliche Erlöschungsgrund obligatorischer Verhältnisse ist die Erfüllung: Der Schuldner vollzieht die geschuldete Leistung in der Absicht, die Verbindlichkeit zu tilgen; der Gläubiger nimmt die Leistung entgegen. Nicht immer aber ist dem leistungswilligen und leistungsfähigen Schuldner Erfüllung möglich. Es können ihr in der Person des Gläubigers zwingende Hindernisse entgegenstehen.

Zwei Fragen sind es, die solcher Fall auslöst. Ist es erträglich, den Schuldner in der Möglichkeit, sich zu befreien, an das entgegenkommende Verhalten des Gläubigers zu binden? Welchen anderen Weg zur Befreiung gewährt das objektive Recht dem Schuldner, sofern es die erstere Frage verneint?

Freilich kann die Nichtmitwirkung des Gläubigers nur da die Befreiung hindern, wo es auf seine Mitwirkung bei der Erfüllung ankommt. Indessen dürfte das von den meisten Schuldverhältnissen gelten, sei die Mitwirkung nun eine rechtsgeschäftliche oder eine nur tatsächliche: „Der Gläubiger muß dem Schuldner die Pforten seines Vermögens eröffnen, damit der Schuldner einwirken kann".[1])

Wie das Rechtsleben der Völker mit den gestellten Fragen fertig wurde, mußte natürlich von dem Charakter des einzelnen Volkes, von seinen religiösen Anschauungen und deren Beziehungen zu seinen Rechtsanschauungen abhängig sein.

---

[1]) Kohler, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 196 unten.

Die gesamte Lebensführung der Juden des alten Testaments z. B. steht unter dem Zeichen der Religion dieses Volkes. Im vierten Buch Mosis Kap. 5 Vers 8 [2]) finden wir folgende Worte: „Ist aber niemand da, dem man's bezahlen sollte, so soll man's dem Herrn geben für den Priester ...“ Die Stelle bezieht sich nach den vorhergehenden Versen auf eine Deliktsschuld. Es schuldet nämlich nach Vers 7 der Dieb dem Bestohlenen „die Hauptsumme und darüber das fünfte Teil“. Der Unanbringlichkeit der Leistung schafft Herausgabe an die Kirche Abhilfe. Der Schuldner wird durch diese befreit. Hier ist einem anerkannten Gebot des Rechts also vom religiösen Standpunkt aus entsprochen, „wie das religiös gestimmte Gemüt des Orients eine göttliche Stimme überhaupt viel häufiger vernimmt“.

„Das Gemüt der Kulturvölker des Abendlandes ist kälter gestimmt“.[3]) Ganz anders darum das römische Recht! Es entnahm seine Kraft nicht einer göttlichen Weihe, noch wurde seine Beobachtung als religiöse Pflicht oder Moralpostulat empfunden.[4]) Sein Gegenstand ist die rein menschliche Regulierung der rein menschlichen Beziehungen:[5]) Es hat „den abstrakten Begriff des subjektiven Rechts, die allgemeine Gleichberechtigung des Individuums im Privatrechte“ [6]) zu seinem Leitsterne gemacht und ist damit ein ewiges Recht geworden.

So hat es denn auch klar empfunden, daß dem Schuldner über die mangelnde Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung hinwegzuhelfen sei. Bei der Schöpfung eines Surrogats ging es von zwei Prinzipien aus: der Schuldner sollte befreit, dem Gläubiger aber die Leistung gesichert werden. Auf dieser Grundlage hat es die Lehre von der depositio, der Hinterlegung des Schuldgegenstandes, als Aufhebungstatsache für solche Schuldverhältnisse aufgebaut, die sich im Wege regulärer Leistung nicht aufheben ließen.

Bekanntlich begleitete den Römer neben aller Verstandeskühle bei seinen Rechtsschöpfungen ein lebhaftes Gefühl für die Billigkeit.

---

[2]) Übersetzung nach Luther.

[3]) Jhering, Geist des röm. R. Bd. 1 S. 266.

[4]) vgl. Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Bd. 3 S. 498.

[5]) Jhering Anm. 3a S. 266 Anm. 164.

[6]) Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bruns-Lenel a. a. O. S. 79 § 3 am Anfang.

So hat auch das Rechtsinstitut der depositio in dem ius aequum seine hervorragendste Quelle. Die Billigkeit gebot Gewährung eines Mittels, das dem Schuldner selbsttätige Befreiung von der Schuld gestattete. Sie gebot andererseits Erhaltung des Leistungswertes für den Gläubiger unter unschwieriger Möglichkeit der Zuführung.

Die depositio oder Hinterlegung ist demnach ein Mittel für den Schuldner, „sich ohne Rücksicht auf den Gläubiger", — aber für diesen —, „der geschuldeten Sache zu entledigen und damit seine Befreiung von der Schuld wie durch Erfüllung herbeizuführen".[7] Wie sie das Mittel hierfür im klassischen Rechte war, so ist sie es noch heute. Die Lehre von der depositio als Erfüllungssurrogat ist Materie des gemeinen Rechts geworden wie der allgemeine Teil des römischen Obligationenrechts überhaupt. Sie ging wenig verändert in die Kodifikationen des 19. Jahrh. über. Sie findet sich endlich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auf den vom römischen Recht gewiesenen Wegen die letzten Schritte getan. Zwar getreu im Geiste des römischen Rechts bringt es dennoch eine Fortentwicklung. Neu ist z. B. die Ausgestaltung der Hinterlegungsgründe, d. h. der Umstände, die den Schuldner zur Hinterlegung berechtigen. Neu ist die dingliche Sicherstellung des Hinterlegungsgläubigers gegenüber anderen Gläubigern des Hinterlegungsschuldners. Auf neuen Bahnen schreitend stellt das Bürgerliche Gesetzbuch in der widerruflichen und unwiderruflichen Hinterlegung zwei in ihren Wirkungen grundverschiedene Arten der depositio auf.

Das Neue hat nicht überall eine einheitliche Erklärung und Würdigung gefunden. Daher bietet die Hinterlegung des heutigen Rechts Anlaß zu näherer Betrachtung. Dies gilt insbesondere von den Wirkungen der Hinterlegung auf das Schuldverhältnis. Vermehrt wird jener Anlaß durch die eigenartige juristische Zwitternatur, welche der Hinterlegung anzuhaften scheint. Der Schuldner ist nämlich in der Wahl der Hinterlegungsstelle nicht frei. Die Hinterlegung muß vielmehr nach § 372 BGB. an öffentlicher, d. h. staatlicher Stelle erfolgen. Hier scheint die Hinterlegung in die Sphäre des öffentlichen Rechtes hinauswachsen und öffentliche Rechtsverhältnisse erzeugen zu wollen.

[7] Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 273.

II. Der Unterbau des Schuldhinterlegungsrechts.

§ 2.

1. Das Recht des Schuldners auf Befreiung.

Mit der Einsetzung eines Erfüllungssurrogats unter Übergehung des Gläubigers ist anerkannt, daß der Schuldner ein Recht auf Befreiung hat. Andererseits ist er kraft des Schuldverhältnisses zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet. Es fragt sich, wie das Befreiungsrecht des Schuldners gegenüber seiner Leistungspflicht juristisch zu konstruieren ist.

Mühsam[8]) sieht als Quelle des Befreiungsrechts einen zwischen den Parteien geschlossenen Nebenvertrag an. „Dieser Nebenvertrag", führt er aus, „bezieht sich auf den Zeitpunkt der Leistung und wird entweder ausdrücklich geschlossen oder aber — und so ist es in allen anderen Fällen — er gilt als stillschweigend neben dem Hauptvertrage geschlossen. Lautet ein Vertrag etwa: A verpflichtet sich, an einem von ihm zu bestimmenden Tage eine Leistung zu bewirken, so liegt der Nebenvertrag in der Klausel: an einem von ihm zu bestimmenden Tage. In diesem Nebenvertrage ist A Gläubiger, und zwar erwirbt er aus demselben das Recht, in demjenigen beliebigen Zeitpunkte, in welchem er vertragsmäßig anbietet, von seiner Pflicht befreit zu werden."

M. E. ist die Annahme eines solchen Nebenvertrages zur Erklärung des Befreiungsrechtes ungeeignet. Der Mühsamschen Konstruktion spricht vor allem die Tatsache das Urteil, daß sie nur ein äußerst beschränktes Befreiungsrecht gewähren könnte. Wäre die Befreiung des Schuldners eine dem Gläubiger obliegende Leistung, so könnte der Schuldner den Gläubiger mit den nachteiligen Folgen nicht rechtzeitiger Befreiung nur dann belasten, wenn den Gläubiger ein Verschulden träfe.

Das Recht des Schuldners auf Befreiung ergibt sich m. E. aus richtiger Auffassung des Obligationsbegriffes. Das Schuldverhältnis verpflichtet den Schuldner zu einer Leistung und gibt dem Gläubiger ein entsprechendes Recht. Sein Zweck ist der, daß der beabsichtigte Rechtsgüteraustausch auch wirklich vollzogen werde. „Es ist zu

[8]) Mühsam a. a. O. S. 11.

seiner eignen Aufhebung bestimmt“,[9]) nicht aber dazu, der einen Partei auf Lebenszeit die Eigenschaft eines Gläubigers, der anderen die eines Schuldners auszuteilen. Daraus folgt: ein Fortbestehen des Schuldverhältnisses ist dem Schuldner gegenüber nur so lange gerechtfertigt, als der gehörige Leistungsvollzug dies erfordert. Darüber hinaus darf der Gläubiger keinen Gebrauch von seiner Gläubigerschaft machen oder ein Fortbestehen derselben verlangen. M. a. W. Tatsachen, welche auf der Gläubigerseite der regulären Erfüllung entgegenstehen, können die Befreiung des Schuldners nicht hindern, gleichviel, ob den Gläubiger Verschulden trifft oder nicht. Erklärt doch der Schuldner nicht etwa: „Ich will dir zur Leistung verpflichtet sein, wenn deine Zeit und Gesundheit es erlauben“, sondern: „Ich will dir am Fälligkeitstage zur Leistung verpflichtet sein“.

Andererseits kann der Gläubiger zur Vornahme eines Liberierungsaktes oder gar zur Annahme der Leistung nicht verpflichtet sein. Die erstere Verpflichtung ließe sich aus dem Schuldverhältnisse nicht begründen.[10]) Gegen die letztere gilt, daß der Anspruch auf Leistung ein Recht ist: nemo cogi potest, iure suo uti.

Das Recht des Schuldners auf Befreiung ergibt sich also unmittelbar aus dem Inhalt seiner Verpflichtung. Es ist ein Recht auf Freiwerden. „Nicht gegen den Gläubiger hat der Schuldner einen Anspruch auf befreiende Tat, sondern er hat nur ein Anrecht an das Gesetz, ihm Mittel und Wege zu gewähren, die ihn bei der Herbeiführung seiner Liberation von der Mitwirkung des Gläubigers unabhängig machen.“[11]) Das Mittel hierzu ist die Hinterlegung. Wirtschaftlich bedeutet sie für den Schuldner das Gleiche wie Erfüllung; denn der hinterlegte Schuldgegenstand ist zugunsten des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners ausgesondert und seinem Gebrauch entzogen. Mit der Hinterlegung vollzieht also der Schuldner nicht mehr als die ihm möglichen Erfüllungshandlungen. Er vollzieht sie aber in bestimmter Art und Weise, und das ist es, was die Mitwirkung des Gläubigers ersetzt.

Selbstverständlich muß der hinterlegte Gegenstand in allen Punkten die geschuldete Leistung darstellen. Für die Vertrags-

---

[9]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 5 unter Nr. 3.
[10]) vgl. Kohler in J. J. Bd. 17 S. 267—271.
[11]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 272.

mäßigkeit der Leistung ist allerdings die Stimme des Gläubigers die entscheidende. Dieser Gedanke gab einigen Schriftstellern des gemeinen und preußischen Rechts[12]) Anlaß, der Hinterlegung eine tilgende Kraft erst beizulegen, wenn durch Anerkennung des Gläubigers oder richterliche Feststellung die Vertragsmäßigkeit der Leistung konstatiert war. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht nicht auf diesem Umwege.[13]) Mit Recht! Soll der Schuldner in der Durchführung seiner Befreiung wirklich vom Gläubiger unabhängig sein, so darf er nicht an eine anerkennende Erklärung desselben gebunden oder zur Angehung der Gerichte genötigt werden. Anderenfalls würde man seiner Befreiungsbefugnis nicht gerecht. Erscheint dem Gläubiger die Hinterlegung nicht rechtmäßig, so kann er sich ihrer erwehren. Er wird auf Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung oder einfacher auf Erfüllung klagen. Eine ungerechtfertigte Belastung des Gläubigers ist hierin aber nicht enthalten; denn dringt er durch, so ist aller Schaden auf der Seite des Schuldners.

§ 3.

2. Entwicklungsgeschichtliches.

Das Bedürfnis nach einem Mittel, welches ohne Erfüllung die Schuld erlöschen ließ, mußte zuerst bei Sachschulden fühlbar werden. Eine Sache erheischt besondere Wartung und kann den Schuldner räumlich beengen. Diese tatsächlichen Beschwerden gesellen sich zu dem lästigen Bewußtsein der Schuldfortdauer hinzu. Gerade sie bringen denn auch im römischen wie im deutschen Rechte die Entwicklung der Erfüllungshinterlegung in Fluß. Die ursprünglichste Art einer Ersatzerfüllung nämlich, die beide Rechte aufweisen, dient vorzüglich und elementar der Behebung jener tatsächlichen Beschränkungen. Gemeint ist die Aussetzung oder Preisgabe.

Es ist das Verdienst Kohlers,[14]) nachgewiesen zu haben, daß im deutschen Rechte die Preisgabe ein echtes Erfüllungssurrogat war. Von seinen zahlreichen Quellenbelegen seien einige angeführt. In einem Weistum aus der Heldenberger Mark von 1433[15]) heißt es:

[12]) vgl. Mühsam a. a. O. S. 17 und die daselbst benannten Schriftsteller.

[13]) §§ 374 Abs. 2, 378, 379 BGB.

[14]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 291 ff.; ders. im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 201 ff.

[15]) Grimm a. a. O. Bd. 5 S. 254—255.

„Und ein einleuftiger, der nit pherde hat, den geben sal zuschen den zwein uns frauwen dage zwo furste gense ... brichte der aber en die ganse uf denselben uns frauwen dag vorgeschr. adir davor, und nemen sie der von dem nit, so mochte der die nidersetzen und gene hinweg, und hette darumb nicht verlorn und were auch darumb nimanden nichtis plichtig me zu geben".

Also: Der Schuldner, der die geschuldeten Gänse am Fälligkeitstage dem Gläubiger bringt, kann sich von seiner Schuld durch Preisgabe der Gänse befreien, wenn der Gläubiger durch Verweigerung der Annahme die Erfüllung hindert. Ähnliches ergibt sich aus einem Weistum von Walmünster von 1497 [16]):

„Item, were sach, daß ein mann were, der ein zehntferklein innehat, wan er das nit mer gehalten magh über gebührlich zeitt, so sall er zu dess gottshauss zender gaen, und soll ihme sagen, er habe ein zehntferklein, daß ers hole. Holt er das, ist es gutt nnd woll getan, holt ers aber nit, so soll der mann das tragen binnen des hoffs geringe uff dem breitstein, und soll das maull oder haupt kehren zu dem hobe, und sein handt abthun; wo das ferklein dan hinleufft, so hat der arm mann woil bezalt".

Gleiches gilt für geschuldetes Korn und Obst, für Wein, Geld, kurz für Schulden und Abgaben jeder Art verbürgt.

Doch geschieht die Preisgabe nicht blindlings. Der Schuldner ist gehalten, den Interessen des Gläubigers in einem gewissen Umfange Rücksicht zu zollen. Er muß dem Gläubiger den Schuldgegenstand nahe bringen, und zwar so nahe, als er es ohne besonderen Aufwand kann. Die Preisgabe erfolgt „für den Gläubiger". Das zu leistende Tier ist z. B. in den Hofeingang oder wenigstens auf den richtigen Weg zu stellen. Geld ist dorthin zu legen, wo es hätte bezahlt werden sollen. Dort wird es der Gläubiger am ehesten finden. Dem abwesenden Fährmann ist z. B. das Fahrgeld in den Kahn,[17]) dem abwesenden Förster der Entgelt für abgeholzte Bäume auf die Baumstümpfe [18]) zu legen.[19])

---

[16]) Grimm a. a. O. Bd. 2 S. 67.

[17]) Grimm a. a. O. Bd. 5 S. 338.

[18]) Grimm Bd. 2 S. 271, Bd. 3 S. 627.

[19]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 203 und in J. J. Bd. 17 S. 299—304; Rosenberg a. a. O. S. 218.

Neben der Befreiung des Schuldners von Schuld und Schuldsache verfolgt also die Preisgabe den Zweck, dem Gläubiger das Seine nach Möglichkeit zu verschaffen. Sie ist somit, wie Kohler hieraus mit Recht schließt, eine Noterfüllung, ein echtes Erfüllungssurrogat.[20]) Als solches ist sie die Vorstufe zur Hinterlegung, weil ihr deren Zweckelemente bereits erkennbar innewohnen.[21])

Die gleiche Rolle und Beurteilung kommt nach Kohlers Untersuchungen[22]) der Preisgabe auch für das ältere römische Recht zu. Findet sie sich doch für Immobilien sogar noch im Rechte Justinians. Rosenberg[23]) weist zutreffend darauf hin, daß sich auch die quellenmäßige Definition der traditio für die Kohlersche Ansicht als Beweismittel verwerten lasse. Die traditio sei ein „inducere“ oder „mittere in vacuam possessionem“. Könne der Schuldner nicht tradieren, so stelle er durch die Preisgabe wenigstens „vacuam possessionem“ für den Gläubiger her und vollziehe damit die ihm mögliche Erfüllungshandlung.

Eine weitere Bestätigung gewährt die erste Erscheinungsform und Entwicklungsgeschichte der depositio selbst. Anfangs „hinterlegte“ der Schuldner bei sich selbst. Er kennzeichnete die Schuldsache durch Versiegelung als fremde und legte sie in einem Winkel seines Hauses nieder.[24]) Das war besonders dann leicht tunlich, wenn es sich um Geld und andere wertvolle Gegenstände von geringem Volumen handelte. Auch dies ist eine Art Aussetzung, nur eine vernünftigere, sachgemäßere. Sie wird den Interessen des Gläubigers besser gerecht als Aussetzung ins Freie.[25])

Etwas Vollkommenes war die Niederlegung im eigenen Hause aber noch nicht. Der Schuldner bleibt versucht, den Gläubiger zu schädigen. Ein gereifteres Rechtsleben konnte sich mit dieser Selbstverwahrung nicht begnügen. Ein Ausweg und Fortschritt bot sich leicht: Der Schuldner brachte die Schuldsache einem Nachbarn zur Verwahrung. Dadurch trat der Hinterlegungsvertrag auf den Plan.[26])

---

[20]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 312/313 und im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 203.

[21]) vgl. Rosenberg a. a. O. S. 218.

[22]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 287, 288, 297—299 oben, 304—306, 312/13.

[23]) a. a. O. S. 218.

[24]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 347 Anm. 2 S. 453; vgl. auch die von Mühsam a. a. O. S. 51 Anm. 6 benannten Schriftsteller.

[25]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 304ff.

[26]) Kohler S. 314 oben.

Doch abgesehen von der Schwierigkeit, in jedem Falle eine zur Verwahrung willige Person zu finden, sind auch jetzt noch Umtriebe gegen den Gläubiger möglich. Ganz gesichert erscheint dieser erst, wenn die hinterlegte Sache, aller Privatwillkür entzogen, an öffentlicher, staatlicher Stelle verwahrt wird. Auch dieses Ziel hat das römische Recht erreicht. Der Übergang war gegeben, sobald es nur einmal öffentliche Gebäude gab. Den Anfang machen die Tempel.[27]) Sie bieten sich von selbst als Hinterlegungsstellen dar. Der Schuldner braucht nicht mehr nach einem willigen Nachbarn zu suchen, das Haus der Gottheit steht immer bereit. Vortrefflich ist mit der Tempelhinterlegung für die Interessen des Gläubigers gesorgt. Die scheu geachtete Heiligkeit des außerdem bewachten Tempels gewährleistet sicheren Schutz.[28]) Andererseits ließ sich indessen nicht jeder Gegenstand in den Tempel einbringen. Hier drängte besonders die Zunahme des Handelsverkehrs — man denke an den mit Karthagos Zerstörung mächtig einsetzenden Überseehandel — zur Weiterentwicklung des Rechtsinstituts.

Die öffentlichen Lagerspeicher — „horrea“ — und andere öffentliche Gebäude[29]) sind es, die den neuen Bedürfnissen abhelfen.[30]) Für Geld und Geldeswert bieten sich die Kassen der öffentlichen Wechsler als Hinterlegungsstellen.[31])

Das ist in Kürze die Entwicklungsgeschichte der depositio im römischen Rechte. Sie zeigt uns, daß zwischen Preisgabe und Hinterlegung ein enger innerer Zusammenhang besteht. „Aussetzung und Deposition“, so sagt Kohler,[32]) „sind dasselbe Institut, der Unterschied ist ein nur faktischer, kein in dem Inneren des Instituts begründeter rechtlicher: in beiden Fällen liegt eine Entäußerung zugunsten des Gläubigers, der erste dem Schuldner mögliche Schritt zur Besitz- und Eigentumsübergabe vor.“ Dadurch, daß die Römer die Zweckmomente der Preisgabe — Befreiung des Schuldners und Befriedigung des Gläubigers — mit gewohnter

---

[27]) Kohler in J. J. Bd. 17 S. 307 unten; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 171 Anm. 7.

[28]) Mühsam a. a. O. S. 54.

[29]) vgl. Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 274 Anm. 9.

[30]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 171 Anm. 7.

[31]) Mühsam a. a. O. S. 56.

[32]) In J. J. Bd. 17 S. 311.

Schärfe erfaßten, vermochten sie es, aus ihr die depositio zu entwickeln. Der Weg bot sich, wie wir sahen, von selbst. Leitstern der Entwicklung ist das von wachsendem Verkehr und dem sich steigernden Gefühl für Billigkeit erzeugte Bedürfnis, die genannten Zwecke immer besser zu erreichen. Unter dem gleichen Zeichen steht die Fortbildung, die das Rechtsinstitut im Bürgerlichen Gesetzbuch erfahren hat.

III. Allgemeines über die Schuldhinterlegung des geltenden Rechts.

§ 4.

1. Gesetzesquellen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Erfüllungshinterlegung systematisch im allgemeinen Teile seines Schuldrechtes. Es widmet ihr einen besonderen Titel, den zweiten des von dem Erlöschen der Schuldverhältnisse handelnden Abschnitts. Ergänzende Bestimmungen finden sich in einigen anderen Reichsgesetzen.[33]) Zu nennen sind

das HGB. mit §§ 301 (vgl. auch 155 Abs. 2, 330 Abs. 1, 161 Abs. 2), 373;
die ZPO. mit §§ 75, 839, 853;
die WO. mit §§ 40, 73, 98 Abs. 5;
die KO. mit §§ 171 (54 Abs. 3, 154), 169;
das ZVG. mit §§ 49, 65 (107), 117 Abs. 2, 120, 126;
das Gesetz betr. die G. m. b. H. mit § 73.

Ferner wird im Bürgerlichen Gesetzbuch das Institut der öffentlichen Hinterlegung auch außerhalb der systematischen Behandlung vielfach erwähnt. Es ist hier nicht nur der Schulderfüllung, sondern auch anderen Zwecken dienstbar gemacht.[34])

[33]) vgl. Mandry a. a. O. S. 438ff.; Bartels a. a. O. S. 20 Anm. 4 zu § 14 HO.

[34]) BGB. §§ 52, 232–235, 268 Abs. 2, 422, 432, 489, 660, 691, 1077, 1082, 1142, 1150, 1171, 1217, 1219, 1224, 1249, 1269, 1281, 1392, 1667, 1716, 1814, 1818, 1853, 1960, 2039, 2114, 2116. Hiervon betreffen die Erfüllungshinterlegung §§ 52, 268 Abs. 2, 422, 432, 660, 1077, 1082, 1142, 1150, 1171, 1224, 1249, 1269, 1281, 2029, 2114, 2116; vgl. Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 808 Anm. 2 und Planck, EG. S. 272 Anm. 1 zu Art. 144.

Vor allem ist die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung zu nennen.[35]) Sie ist ein wichtiger Verkehrshebel und besonders brauchbar, weil sie dem Berechtigten ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gegenstande verschafft.[36]) Treffend wird sie von Kohler[37]) als „Hinterlegung ins Pfandrecht des Gläubigers" bezeichnet. Die Zivilprozeßordnung hat ihr vor anderen Mitteln der Sicherheitsleistung den Vorzug gegeben: die Bestellung einer prozessualen Sicherheit muß im allgemeinen durch Hinterlegung bewirkt werden.[38])

Weiter findet sich nach Mühsam die öffentliche Hinterlegung „zum Zwecke der Schuldbefreiung und Retention",[39]) „als wirkliche Erfüllung"[40]) und endlich zum Zwecke „sicherer Aufbewahrung".[41]) Die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung und Retention ist eine Unterart der Erfüllungshinterlegung. Die anderen der erwähnten Arten scheiden aus dem Rahmen der Abhandlung aus. Wir haben es nur mit der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat zu tun.

Die von der Erfüllungshinterlegung handelnden Einzelbestimmungen[42]) außerhalb der systematischen Behandlung gliedern sich in das System ein. Sie enthalten keine neuen Hinterlegungsgründe, sondern sind Anwendungsfälle der in § 372 aufgestellten.[43])

Der sich aus § 372 ergebende Begriff der Erfüllungshinterlegung deckt sich in der Hauptsache mit dem des klassischen Rechts. Hinterlegung nach § 372 ist Niederlegung der geschuldeten, hinterlegungsfähigen Sache bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle für den Gläubiger. Die Hinterlegungsstelle soll eine staatliche sein. Die Ausführung einer Hinterlegung läßt sich also nicht ohne einen gewissen öffentlichen Verwaltungsapparat denken. Damit erkennt man zwei selbständige Arten von objektivem Hinterlegungsrecht. Die eine befaßt sich mit dem materiellen Hinterlegungsrechte, d. h.

---

[35]) BGB. §§ 232 ff.
[36]) BGB. § 233.
[37]) Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 192.
[38]) ZPO. § 108.
[39]) Mühsam a. a. O. S. 106.
[40]) Mühsam S. 118.
[41]) Mühsam S. 119.
[42]) vgl. Anm. 34 S. 10.
[43]) vgl. unten S. 51 ff.

mit den privatrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer rechtmäßigen Hinterlegung. Die andere hat das formelle Hinterlegungsrecht zum Gegenstande, d. h. das äußere Hinterlegungsverfahren.

Das Bürgerliche Gesetzbuch befaßt sich in der Hauptsache nur mit dem materiellen Hinterlegungsrechte, mit dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Das Verhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle und den Beteiligten wird nur insoweit geregelt, als „solche Vorschriften die Voraussetzung für die Regelung des erstgedachten Verhältnisses bilden".[44]) Im übrigen ist die gesamte Ordnung und Handhabung des Hinterlegungswesens durch Art. 144—146 EG. z. BGB. der landesrechtlichen Regelung überlassen. Freilich darf sich das Landesrecht nicht in Widerspruch zum Reichsrechte setzen. Vor allem muß jeder Bundesstaat für eine öffentliche Hinterlegungsstelle sorgen, um die Anwendung des reichsrechtlichen Instituts zu ermöglichen.[45])

Demnach treten als Gesetzesquellen für das Hinterlegungsrecht als Ganzes neben das Bürgerliche Gesetzbuch die einschlägigen Landesgesetze. Sie erscheinen zum Teil im Rahmen der jeweiligen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zum Teil in der Form selbständiger Hinterlegungsordnungen.[46]) Für Preußen kommt in erster Linie die Hinterlegungsordnung v. 14. 3. 1879 in Betracht. Freilich ist sie nicht mehr in der ursprünglichen, sondern in der Gestalt maßgebend, die ihr Art. 84, 85 preuß. AG. z. BGB. gegeben haben. An Nebenbestimmungen sind ferner eine Reihe ministerieller Verfügungen, Verordnungen und Erlasse ergangen, die aufzuzählen zu weit führen würde.[47]) Soweit sie im Rahmen der Abhandlung ein Interesse bieten, wird auf sie an entsprechender Stelle eingegangen werden.

Einer reichsrechtlich-einheitlichen Gestaltung des formellen Hinterlegungswesens erfreuen wir uns demnach nicht. Doch ist das eine notwendige Folge unserer historisch-staatlichen Verhältnisse. Das Deutsche Reich konnte seinen Bundesgliedern die staatliche Selbständigkeit nur entziehen, soweit es geboten war, „um

---

[44]) Niedner a. a. O. S. 273 Anm. 1 zu Art. 145.

[45]) vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Vorbem. Nr. 2 S. 230.

[46]) vgl. Niedner a. a. O. S. 275 Anm. 8 zu Art. 145.

[47]) Planck, EG. S. 272 Anm. 5 zu Art. 144 und Bartels, HO. in den Anm. zu §§ 1, 2, 3, 5, 9, 10, 11, 15, 20 u. a.

nach innen und außen die notwendige Einheitlichkeit zu sichern und zu wahren".[48]) Das Geschäftsleben der Einzelstaaten wie ihre innere Verwaltung überhaupt hat mit jener notwendigen politischen Einheitlichkeit nichts zu tun. Der Reichsgedanke verbietet also Eingriffe des Reichs in die innere Verwaltung seiner Bundesglieder und damit auch in das formelle Hinterlegungswesen.

§ 5.

2. Die Ergänzungs- und Ersatzmittel der öffentlichen Hinterlegung.

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich hinsichtlich des Gegenstandes der Hinterlegung eine nicht geringe Selbstbeschränkung auferlegt. Nur Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten sind hinterlegungsfähig.[49]) Das kann den modernen Verkehrsverhältnissen nicht genügen. Um diesem Notstande abzuhelfen, bietet das Reichsrecht eine Reihe von Mitteln.

a) Es fragt sich, was zu diesen Umwegen veranlaßt hat. Warum folgte man nicht dem gemeinen Recht, nach dem alle beweglichen Sachen hinterlegungsfähig waren? Warum griff man nicht zur Privathinterlegung? Kohler[50]) greift die Gesetzgebung in dieser Richtung scharf an. M. E. aber zu Unrecht. Das Bürgerliche Gesetzbuch wollte und mußte bei der öffentlichen Hinterlegung bleiben. Nur sie, führen die Motive[51]) zutreffend aus, „gewähren dem Gläubiger, welcher häufig hinsichtlich der causa depositionis völlig schuldfrei ist, genügenden Schutz dadurch, daß der Leistungsgegenstand in die Hände des Staates oder der bestimmten öffentlichen Behörden oder öffentlichen Anstalten gelangt, welche volles Vertrauen verdienen und deren Responsabilität die Gefahr des Verlustes kaum besorgen läßt, während die Hinterlegung bei Dritten mit Gefahren für den Gläubiger verbunden ist. Wenn der vom Schuldner gewählte Dritte seine Pflichten verletzte und zu Schadensersatz außerstande wäre, so bliebe der Schaden meistens dem

---

[48]) Schubart a. a. O. S. 22; Art. 44 RV.
[49]) BGB. § 372.
[50]) Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 194 Anm. 2.
[51]) Bd. 2 S. 92 oben.

Gläubiger zur Last. Die Verantwortlichkeit des Schuldners im Falle eines Versehens bei der Wahl des Dritten könnte wegen der Schwierigkeit des Nachweises eines solchen Versehens den Gläubiger häufig nicht vor Verlust schützen. Diese Gefahren für den Gläubiger beständen auch, falls der Richter zur Wahl des Dritten berufen würde".

Auch konnte das Reich seinen Gliedern nicht ex lege zumuten, sich mit der Verwahrung jeglicher Art von Gegenständen zu befassen. Es mußte mit den bestehenden Hinterlegungseinrichtungen rechnen. Einem Antrage der 2. Kommission, jeder beweglichen Sache Hinterlegungsfähigkeit zu erteilen, wurde füglich nicht stattgegeben.[52]) Immerhin hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Kreis hinterlegungsfähiger Gegenstände gegenüber den meisten Partikularrechten erweitert: Urkunden, die nicht Wertpapiere sind, sind einbezogen.[53])

b) Fernere Erweiterung ist vorgesehen. Art. 145, 146 EG. stellen der Landesgesetzgebung anheim, den Kreis hinterlegungsfähiger Gegenstände beliebig auszudehnen. Der Wortlaut des Art. 146 könnte allerdings zu der Meinung verleiten, als sei nur die Aufrechterhaltung geltenden Rechts gewollt.[54]) Dieser Auffassung scheinen Dernburg[55]) und Oertmann[56]) in der Tat zu sein. Richtige Würdigung des Art. 145 ergibt das Gegenteil. Art. 145 befugt die Landesgesetzgebung, über die Hinterlegung „nähere Bestimmungen" zu treffen. Die Weiterausteilung der Hinterlegungsfähigkeit greift nicht in die juristische Struktur der Schuldhinterlegung ein. Sie ist daher eine nähere Bestimmung im Sinne des Art. 145, durch diesen, nicht erst durch Art. 146 gestattet.[57]) Damit hat das Reichsrecht den künftigen Ausbau des Hinterlegungsrechtes sichergestellt. Das ist Kohlers Vorwürfen gegenüber festzuhalten.

[52]) Prot. Bd. 1 S. 342 Mitte, 344 oben, 356 Mitte—357.

[53]) Niedner a. a. O. S. 276 Anm. 2 zu Art. 146; Prot. Bd. 1 S. 344 Mitte, 358 Mitte.

[54]) „Ist ... bestimmt, daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen ... anzunehmen haben ..."

[55]) Pand. Bd. 2 S. 171 Anm. 6.

[56]) Recht der Schuldverhältnisse S. 229 Vorbem. 1.

[57]) Niedner a. a. O. S. 273 Anm. 1, 2 b α zu Art. 145 und S. 276 Anm. 1 zu Art. 146.

c) Im Handelsrecht wandelt beim Handelskauf das Reichsrecht selbst auf freieren Bahnen. Hier hatte die Gesetzgebung unter allen Umständen eine einfache und schnelle Abwicklung des Hinterlegungsvorganges zu sichern. Entsprechend verläßt sie die sonst wohl gerechtfertigte öffentliche Hinterlegung: Beim Handelskauf kann der Käufer dem in der Annahme säumigen Verkäufer gegenüber die Ware (also jede bewegliche Sache) in einem öffentlichen Lagerhause oder an sicherer privater Stelle hinterlegen.[58])

B. Zur allgemeinen Ergänzung der Hinterlegung dient der Selbsthilfeverkauf. Man versteht darunter den Verkauf der nicht hinterlegungsfähigen Schuldsache auf bestimmtem Wege. Er dient der Hinterlegung unmittelbar. Statt der nicht hinterlegungsfähigen Sache gelangt deren Erlös zur Hinterlegung.

Das Verkaufsrecht geht weiter als dies im bisherigen Rechte der Fall war. Das gemeine und preußische Recht gaben es nur bei Sachen, die sich ausnahmsweise nicht zur Hinterlegung eigneten, oder die dem Verderb ausgesetzt waren. Der code civil kannte die Verkaufsselbsthilfe überhaupt nicht.[59]) Doch auch das Bürgerliche Gesetzbuch gibt das Verkaufsrecht nicht unbeschränkt. „Die Beilegung eines unbegrenzten Verkaufsrechtes für alle Hinterlegungsgründe erschien im Hinblick darauf, wie oft die Voraussetzungen der Hinterlegung bei völliger Schuldlosigkeit des Gläubigers vorliegen werden, sowie auf die Erfahrung, daß die Versteigerung an vielen Orten nur einen ungünstigen Erfolg zu liefern pflegt, dem Gesetzgeber höchst bedenklich.“ [60])

Schlechthin ist der Selbsthilfeverkauf daher nur im Falle des Annahmeverzuges gestattet; sonst nur da, wo es sich um Vermeidung einer besonders ungebührlichen Belastung des Schuldners handelt, oder wo der Verkauf im Interesse des Gläubigers selbst geboten erscheint.[61]) Auf die besonderen Bedürfnisse des Handelsverkehrs nimmt das Reichsrecht auch hier Rücksicht. Beim Handelskauf ist des Verkaufsrecht dem säumigen Käufer gegenüber unbeschränkt neben der Hinterlegungsbefugnis gegeben.[62])

Es läßt sich nicht bestreiten, daß der Selbsthilfeverkauf häufig

---

[58]) § 373 HGB.

[59]) Habicht a. a. O. S. 193.

[60]) Mot. Bd. 2 S. 102.

[61]) Näheres s. unten S. 58 oben.

[62]) HGB. § 373 Abs. 2.

für den Gläubiger einen Verlust bedingen wird. Aber er ist vor allem im Handelsrechte unentbehrlich und wird auch im Bürgerlichen Gesetzbuch gegen den Verderb der Ware ultima ratio bleiben. Überdies kann die Landesgesetzgebung durch Weiteraussteilung der Hinterlegungsfähigkeit die Verkaufsselbsthilfe einschränken. Im geltenden Recht tritt die sogleich zu besprechende Sequestration vereinzelt an die Stelle des Selbsthilfeverkaufs.

C. Die Sequestration einer Sache besteht in ihrer Ablieferung an eine gerichtlich zu bestellende Vertrauensperson, welche sie zu verwahren oder zu verwalten hat. Sie hat ihre Heimat im gemeinen und preußischen Rechte. Dort ersetzte sie die öffentliche Hinterlegung, wenn diese sich durch die Art des Schuldgegenstandes, z. B. bei Immobilien, verbot.[63]) Im Bürgerlichen Gesetzbuch kommt sie statt des Selbsthilfeverkaufs als Erfüllungssurrogat zur Anwendung, wenn die Hinterlegung dem Schuldner zur Pflicht gemacht ist. Dies ist z. B. der Fall bei unteilbaren Leistungen, die der Schuldner einer Mehrheit von Gläubigern (BGB. § 432), oder bei Leistungen, die er einer Erbengemeinschaft schuldet (BGB. § 2039). Jeder Gläubiger und Miterbe kann Hinterlegung der Schuldsache, oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen. Ähnliches gilt, wenn eine Forderung verpfändet ist zugunsten des Gläubigers und Pfandgläubigers (BGB. § 1281).

Als in allen Fällen gleichwertiger Ersatz für Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf ist also die Sequestration nicht berufen worden. „Eine gerichtliche Sequestration", bemerken die Motive, „würde, weil regelmäßig von der Leistung eines erheblichen Kostenvorschusses abhängig, dem Schuldner wenig dienen, wie erfahrungsgemäß in den Gebieten, deren Gesetzgebung das fragliche Recht gewähre, von demselben nur äußerst selten Gebrauch gemacht werde." [64]) Diese Gründe mußten ausschlaggebend sein. Die beschränkte Verwendung der Sequestration dürfte also nicht beanstandet werden können.

D. Endlich ist in dem System der Noterfüllungsmittel noch das Recht auf Abnahme zu erwähnen, das dem Verkäufer und Werkmeister gewährt ist (BGB. § 433, 640). Hierauf soll aber erst

[63]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 171; preuß. ALR. I, 16 § 234.
[64]) Mot. Bd. 2 S. 95.

bei der Behandlung des wichtigsten der Hinterlegungsgründe, des Annahmeverzuges, eingegangen werden.

E. Wie bei der Hinterlegung selbst haben wir es bei allen ihr als Ersatz und zur Ergänzung dienenden Mitteln, die bisher besprochen wurden, mit beweglichen Sachen zu tun. So vielseitig die Gesetzgebung hier ist, so einseitig verhält sie sich gegenüber unbeweglichen Sachen. Die Hinterlegung mußte von vornherein ausscheiden. Auch die Sequestration hat keine Gnade gefunden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat vielmehr auf die ursprünglichste Art der Noterfüllung, die Preisgabe zurückgegriffen.[65]) Auch damit tut der Schuldner das, was ihm ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich ist, er gibt den Besitz auf. Eigentum kann er nämlich, sofern er dazu verpflichtet ist, nicht einseitig auf den Gläubiger übertragen.[66])

Von einer Wahrung der Interessen des Gläubigers läßt sich in der berührten Bestimmung allerdings nicht viel erkennen. Das Gesetzbuch hat sich hier manchen Vorwurf gefallen lassen müssen.[67]) Zu bedenken ist aber, daß die Besitzaufgabe im allgemeinen nur einem ganz störrigen oder gleichgültigen Gläubiger gegenüber zur Anwendung kommen wird. Ist sie doch vorher anzudrohen. Mit der Sequestration hier einzusetzen, verbot sich aus praktischen Erwägungen. Sie würde mit erheblichen Kosten verbunden sein, die der Schuldner vorzuschießen hätte.[68]) Jedenfalls wäre es weit unerträglicher, wenn das Gesetz den Schuldner mit der Fürsorge für das Schuldgrundstück belastet hätte. Bleibt er doch sowieso mit der Schuld belastet, wenn Übereignung Gegenstand der Leistung

---

[65]) BGB. § 303: Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstückes verpflichtet, so kann er nach dem Eintritt des Verzuges des Gläubigers den Besitz aufgeben.

[66]) BGB. §§ 873, 925.

[67]) vgl. Kohler in J. J. Bd. 17 S. 344; Mühsam S. 49—50.

[68]) Auch nicht zur Erfüllung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Schuldverhältnisses kann die Übergabe eines Grundstücks zur gerichtlichen Aufsicht und Verwaltung (gemäß § 234 preuß. ALR. I, 16) dienen. Zwar sagt Art. 170 EG. z. BGB.: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend". Das besagt aber in Ansehung der Erfüllung nur, daß sich ihr Gegenstand, Zeit und Ort nach früherem Rechte beurteilt, nicht aber das Erfüllungsgeschäft. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 48 S. 18.

ist.[69]) Zu einer Befreiung führt, falls der Gläubiger das Grundstück nicht an sich zieht, die Preisgabe nur dann, wenn man sich dazu versteht, der Anregung Kohlers[70]) folgend § 382 BGB. analog anzuwenden: „Nach 30 Jahren muß der Schuldner als berechtigt angesehen werden, das Grundstück wieder zurückzunehmen und die Schuld als getilgt zu betrachten".

Man darf, blickt man auf die gesamten Noterfüllungsmittel des geltenden Rechtes zurück, wohl sagen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die ihm in dieser Richtung gestellte Aufgabe im ganzen in befriedigender Weise erfüllt hat. Man muß sich nur immer die Schwierigkeiten vergegenwärtigen, mit denen es im Hinblick auf den politischen Status des Reiches und die fortwährenden Interessenkollisionen der Beteiligten zu kämpfen hatte.

---

[69]) Wenn nicht, befreit die Preisgabe, BGB. § 2169 Abs. 2; vgl. Rosenberg a. a. O. S. 220 unten.

[70]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 209 oben.

Besonderer Teil.

Das geltende Schuldhinterlegungsrecht.

I. Die Voraussetzungen wirksamer Hinterlegung.

I. Notwendige Voraussetzungen.

A. Die bei dem Hinterlegungsakte handelnd auftretenden Subjekte.

§ 6.

a) Die Person des Hinterlegenden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet die Voraussetzungen der Erfüllungshinterlegung in Muß- und Sollvoraussetzungen. Die ersteren sind naturgemäß die wichtigeren. Mit ihrer Erörterung ist daher zu beginnen. Zunächst sind die Subjekte zu betrachten, die zur Mitwirkung bei dem Hinterlegungsakte berufen sind. Es sind dies der Hinterleger und die Hinterlegungsstelle.

Hinterleger ist der Schuldner.[71]) Beim Gesamtschuldverhältnis wirkt die Hinterlegung eines der Gesamtschuldner für die übrigen.[72])

Für den Schuldner kann ein Dritter die Leistung bewirken, wenn jener nicht in Person zu leisten hat (§ 267 Abs. 1 BGB.). Zu prüfen ist, ob der Drittzahler auch zur Hinterlegung befugt ist.

Die Vorschrift des § 267 trifft nicht die Fälle, in denen ein Dritter die Leistung in Vertretung des Schuldners bewirkt. Hier liegt rechtlich ein Leisten des Schuldners vor. Ebensowenig hat das Gesetz die Fälle im Auge, in denen der Dritte selbständig verpflichtet ist, das zu leisten, was der Schuldner zu leisten hätte. Als Beispiel sei die Bürgschaft benannt. Hier ist der Dritte Selbstschuldner und hat die Hinterlegungsbefugnis wie jeder andere Schuldner. Gemeint ist in § 267 vielmehr ein Leisten des Dritten in eignem Namen und freiem Belieben entspringend.

[71]) BGB. § 372.
[72]) BGB. § 422.

Im gemeinen Rechte konnte der Intervenient bei grundloser Zurückweisung deponieren und aufrechnen.[73]) Auch das preuß. Landrecht (I, 16 § 51) befugte den zu Unrecht abgewiesenen Drittzahler „zu jeder Art realer Befriedigung des Gläubigers".[74]) Das Gleiche gilt im französischen Recht.[75]) Die angezogenen Rechte gehen also davon aus, daß der Gläubiger durch die Nichtannahme dem Dritten gegenüber in Annahmeverzug gerät.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich einer positiven Stellungnahme. Aus theoretischen Gründen ist dem Drittzahler die Hinterlegungsbefugnis m. E. abzusprechen. Der dem § 267 zugrunde liegende Gedanke entstammt dem römischen Recht.[76]) Er hat seinen materiellen Grund in der Erwägung, daß das Schuldverhältnis auch durch Leistung eines anderen als des Schuldners seinen Zweck erfüllt.[77]) „Der Obligation ist der Lebensstoff entzogen: sie stirbt an Blutleere."[78]) Mit Recht bezeichnet daher Windscheid die Zurückweisung des Drittzahlers als unzulässige Chikane dem Schuldner gegenüber.[79]) Wohl gemerkt: der Gläubiger chikaniert den Schuldner, nicht aber auch den Dritten. Zwischen dem Gläubiger und letzterem besteht keinerlei Verhältnis, das dem Dritten irgendeinen Anspruch gewährte. Der Dritte tritt nur kraft des Schuldverhältnisses auf. Die Zurückweisung kann daher nur dem Schuldner gegenüber wirken. Sie ist eine ungebührliche Verzögerung seiner Befreiung. Solchen Mißbrauch des Schuldverhältnisses braucht der Verpflichtete nicht zu dulden. Er kann also zur Hinterlegung schreiten, aber er allein, nicht auch der Dritte.[80])

Dieses Ergebnis findet in der rechtlichen Natur der Hinterlegung seine Bestätigung. Die Hinterlegung steht grundsätzlich im freien Belieben des Schuldners. Sie hat also eine Willensbildung des Schuldners persönlich zur Voraussetzung. Entschließt

---

[73]) Oertmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 82 S. 422 unten.

[74]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 230 unten.

[75]) Crome, Französ. Obligationenr. S. 100 Anm. 8 betr. art. 1236 Code civil.

[76]) Oertmann S. 385 ff.

[77]) Oertmann S. 391.

[78]) Unger a. a. O. S. 52 Anm. 67.

[79]) Pand. Bd. 2 S. 425 Anm. 24.

[80]) Herrschende Meinung vgl. Rosenberg a. a. O. S. 226 Anm. 1. Rosenberg selbst ist anderer Meinung, S. 225—228. Die Argumente der herrschenden Meinung — vgl. das oben Folgende — sind m. E. durch seine Ausführungen nicht erschüttert.

sich der Schuldner nicht zur Hinterlegung, so ist die Stellung des Gläubigers günstiger. Der Gläubiger braucht daher nicht zu dulden, daß ein anderer ihn dieser günstigen Möglichkeit über den Kopf des Schuldners hinweg beraubt.[81])

Indirekt kommt der entwickelte Grundsatz im Bürgerlichen Gesetzbuch deutlich zum Ausdruck. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen dem Intervenienten gemäß § 267 und demjenigen, der ein selbständiges Abfindungsrecht sein nennt. Ein derartiges Abfindungsrecht ist dem Intervenienten gewährt, wenn sich die Befriedigung des Gläubigers als das Mittel darstellt, einem Verluste oder einer Gefährdung bestimmter eigener Rechte zu begegnen. Hier müssen ihm aus Billigkeitsrücksichten alle Wege offenstehen, die Befriedigung des Gläubigers wirklich zu erreichen. Er verfügt daher auch über Hinterlegungs- und Aufrechnungsbefugnis, aber nur auf Grund jedesmaliger besonderer Erteilung.[82]) Daraus ist e contrario zu schließen, daß ein Drittzahler ohne Abfindungsrecht, also ein Intervenient im Sinne des § 267, zur Hinterlegung und Aufrechnung nicht berechtigt ist. Welchen Sinn hätte jener peinlich durchgeführte Modus des Gesetzes, wenn sich die fragliche Befugnis bereits aus § 267 ergäbe? Zwar findet sich in den Motiven[83]) die nicht näher begründete Bemerkung: „Mit rechtlicher Wirkung kann hinterlegen der Schuldner und jeder, welcher für ihn rechtsgültig die geschuldete Leistung bewirken kann". Sie bezieht sich indessen, wie die beigefügte Anmerkung zeigt, im wesentlichen auf die Fälle, in denen der Dritte ein Abfindungsrecht hat. Allerdings wird auch auf § 227 des 1. Entw. verwiesen, welchem § 267 BGB. entspricht. Doch ist übersehen, daß schon im 1. Entw. dem zur Abfindung berechtigten Drittzahler die Hinterlegungs- und Aufrechnungsbefugnis jedesmal besonders eingeräumt war.

---

[81]) Ebensowenig darf der Dritte mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen. Er ist nicht Schuldner der Forderung, gegen die er aufrechnen würde (BGB. § 387). Auch muß seine Leistung der des Schuldners nicht nur im rechnerischen Effekte, sondern äußerlich entsprechen. Sie muß konkrete „Bewirkung" der Leistung sein (BGB. § 267). — Versagt ist dem Drittzahler ferner, aus eigener Willensbildung eine Aufrechnung zu erklären, zu welcher der Schuldner befugt ist. Der Gläubiger braucht sich wie auf die Hinterlegung, so auch auf die Aufrechnung nur dann einzulassen, wenn der Schuldner persönlich diesen Weg der Befriedigung wählt.

[82]) BGB. §§ 268; 1142, 1150, 1191, 1192, 1199; 1223 Abs. 2, 1224, 1249.

[83]) Bd. 2 S. 98.

Im einzelnen ist hiernach die besprochene Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch in folgender Weise geregelt: Jeder Dritte kann ohne Einwilligung des Schuldners die Schuld abtragen, sofern nicht Leistung in Person[84]) erforderlich ist. Widerspricht der Schuldner, so kann der Gläubiger den Dritten zurückweisen (§ 267 Abs. 2 BGB.). Doch kann sich der Gläubiger lediglich auf einen bereits erfolgten oder gleichzeitigen Widerruf des Schuldners berufen.[85]) Im Falle unbegründeter Ablehnung darf der Dritte weder hinterlegen noch sonst etwas gegen den Gläubiger unternehmen. Sein Versuch hat nicht zum Ziele geführt. Damit scheidet er aus dem ganzen Verhältnis aus als ein Unberufener, der eine angemaßte, wenn auch erlaubte Rolle spielte.

Andererseits verdient Hervorhebung, daß unser Gesetz mit der Erteilung des Abfindungsrechtes nicht karg gewesen ist.[86]) Wir bemerken drei Gruppen seiner Anwendung. Die erste (§ 268) setzt voraus, daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, durch welche der Intervenient ein dingliches Recht oder den Besitz an dem Vollstreckungsobjekt verlieren würde. Zum Schutze gefährdeten Eigentums ist § 268 nicht geeignet. Dem Schutz des Eigentümers, der einen Faustpfand- oder Hypothekengläubiger, einen Grund- oder Rentenschuldberechtigten vor sich hat, dienen §§ 1249, 1142 Abs. 1, 1191, 1192, 1199. Sie bilden die zweite der genannten Gruppen. Der Eigentümer der Faustpfandsache kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1249); desgleichen der Eigentümer des verhafteten Grundstücks, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden, oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1142 Abs. 1). In entsprechender Weise steht dem Eigentümer des mit Grund- und Rentenschuld belasteten Grundstücks die Abfindung offen (§§ 1191, 1192, 1199). Die Voraussetzungen sind in diesen Fällen gegenüber § 268 wesentlich erleichtert. Es wird nicht ge-

---

[84]) Ein Recht des Gläubigers auf Leistung in Person kann sich aus Treu und Glauben, aus der Natur der Leistung oder ex lege ergeben. Letzteres ist z. B. beim Auftrag (§ 662 BGB.) und beim Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB.) der Fall. Vgl. Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 65 unter B I, 2 b.

[85]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 100.

[86]) Crome S. 100 Anm. 16.

fordert, daß der Gläubiger bereits Zwangsvollstreckung betreibt.[87]) An dritter Stelle ist das Abfindungsrecht des Mobiliarverpfänders als solchem zu erwähnen. Er kann den Pfandgläubiger abfinden, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223 Abs. 1). Ein Recht an dem Pfande braucht er nicht zu haben. Er vermag das Pfand auf diesem Wege wieder in seine Hand zu bringen und Ersatzpflichten vorzubeugen.

§ 7.

b) Die Hinterlegungsstelle.

Die Hinterlegungsstelle ist nach § 372 — wie im entwickelten römischen Rechte — eine öffentliche, d. h. staatlich unterhaltene.

Dem deutschen Rechte ist von je die Hinterlegung bei Gericht eigentümlich gewesen. Sie wurde Praxis des gemeinen Rechts.[88]) Sie hat sich in Deutschland so eingebürgert, daß sie sich noch im geltenden Rechte findet. Eine ganze Reihe deutscher Bundesstaaten hat die Gerichte als ausschließliche Hinterlegungsstelle beibehalten, so Anhalt, Bremen, Bayern, Hamburg, Hessen, Lippe, Lübeck, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Reuß j. L., Sachsen, Sachsen-Altenburg, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen und Württemberg.[89])

Auch in Preußen waren im Anschluß an den allgemeinen Zug im deutschen Rechte die Gerichte vielfach als Hinterlegungsstellen tätig. Zuerst wurde mit diesem Prinzip in den französisch-rechtlichen Landesteilen gebrochen. In der linksseitigen Rheinprovinz war nämlich unter der französischen Herrschaft am Anfange des 19. Jahrhunderts ein neues Hinterlegungsverfahren zur Einführung gelangt, bei welchem die Hinterlegung bei einer Staatskasse erfolgte. Diese Einrichtung erhielt sich in den betreffenden Gebieten nach

---

[87]) Mit dem Schutz anderer dinglichen Rechte als des Eigentums befassen sich dem Faustpfandgläubiger gegenüber der bereits erwähnte § 1249, dem Hypothekengläubiger bezw. Grund- und Rentenschuldberechtigten gegenüber § 1150 (§§ 1191, 1192; 1199). Diese Fälle sind indessen nur eine Anwendung und Wiederholung des mit § 268 bereits ausgesprochenen Prinzips: Der Intervenient kann nur dann zur Ablösung schreiten, wenn der Berechtigte tatsächlich Befriedigung aus der Pfandsache verlangt.

[88]) Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 453 Anm. 2.

[89]) vgl. Kopf a. a. O. S. 9 Anm. 17 und Planck, Komm. z. EG. S. 272 Anm. 6 zu Art. 144.

der Beendigung der Freiheitskriege wie das französische Recht überhaupt. In den übrigen Gebietsteilen blieb es auch jetzt noch vorwiegend bei der gerichtlichen Hinterlegung. Doch war die Art der Beteiligung der Gerichte und das Herausgabeverfahren in den einzelnen Gebieten außerordentlich verschieden.[90]) Erst die preußische Hinterlegungsordnung v. 14. 3. 1879, brachte eine einheitliche Regelung für die ganze Monarchie. Sie hat die Gerichte in der Hauptsache ihrer Eigenschaft als Depositalbehörde entkleidet.

Der Bruch mit der alten gerichtlichen Hinterlegung bedeutet eine tiefgreifende Änderung. Den Erwägungen, die ihn veranlaßten, verleiht Meves[91]) Ausdruck: Wie es Richtung der Reichsjustizgesetze ist, so sollte auch hier der Richter soviel als möglich von administrativer Tätigkeit entlastet werden. Die Verwahrung und Verwaltung der Depositen erfordert erhebliche Müheaufwendungen und bedeutet eine Arbeit, die entweder eine untergeordnet mechanische oder eine dem Richter fremde ist.

Die preußische Handelsordnung beruft für die Hinterlegung

1. von Geld,
2. von Wertpapieren auf Inhaber,
3. von Wertpapieren auf Namen, auf welche die Zahlung dem Inhaber geleistet werden kann,
4. von Kostbarkeiten

als Hinterlegungsstellen die Bezirksregierungen, in der Provinz Hannover die Regierungen zu Hannover, Lüneburg und Osnabrück. Als Kassen dienen den Hinterlegungsstellen die Regierungshauptkassen, in den Hohenzollernschen Landen die Landeskasse in Sigmaringen, in der Provinz Hannover die Bezirkshauptkassen (§ 1 HO.). Für Berlin ist die Ministerial-, Militär- und Baukommission daselbst als Hinterlegungsstelle und die ihr unterstellte Konsistorial-, Militär- und Baukasse als Hinterlegungskasse bestimmt.[92]) Für die Hinterlegung von Wertpapieren in den Fällen der §§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818, 2116 BGB. — nicht zu Erfüllungszwecken — sind außerdem besondere Hinterlegungsstellen vorgesehen.[93])

[90]) vgl. Kopf a. a. O. S. 6/7.

[91]) a. a. O. S. 512.

[92]) Erl. des Justiz- und Finanzministers v. 31. 7. 1879, JMBl. S. 216ff.; § 2 HO.

[93]) Art. 85 AG. z. BGB., Erl. v. 17. u. 18. 12. 1899, JMBl. S. 805.

Ganz ist das Depositalwesen indessen den Gerichten auch in Preußen nicht entzogen worden. Für die Hinterlegung anderer als der im § 1 HO. bezeichneten Wertpapiere sowie für die Hinterlegung sonstiger Urkunden sind die Amtsgerichte als Hinterlegungsstellen bestimmt (§ 87 HO.). Ferner ist in dringenden Fällen statt der ordentlichen Hinterlegung eine vorläufige Verwahrung der in § 1 HO. bezeichneten Gegenstände durch die Amtsgerichte zulässig (§§ 70, 72 HO.). Die Tätigkeit des Richters ist aber in diesen Fällen nur eine geringe. Er kann die Gerichtsschreiberei mit der Verwahrung der hinterlegten Urkunden beauftragen (§ 88 HO.). Bei der vorläufigen Verwahrung steht ihm der Gerichtsschreiber zur Unterstützung zur Verfügung (§§ 78, 79 HO.). Er kann sogar durch einen Gerichtsschreiber ersetzt werden (§ 80 HO.). Ferner ist das Gericht jederzeit in der Lage, die vorläufig verwahrten Gegenstände an die ordentliche Hinterlegungsstelle abzuführen. Es ist hierzu sogar verpflichtet, wenn nach seinem Ermessen anzunehmen ist, daß die Verwahrung die Dauer von 6 Monaten übersteigen wird (§ 82 HO.).

Das Handelsgesetzbuch hat zugunsten des Verkäufers beim Handelskauf die bereits erwähnten besonderen Hinterlegungsstellen eingeführt: öffentliche Lagerhäuser oder andere dem Belieben des Hinterlegers anheimgestellte sichere Stellen. Natürlich sind auch die Hinterlegungsstellen der Hinterlegungsordnung zuständig, wenn es sich um ihnen gegenüber hinterlegungsfähige Sachen handelt.

B. Rechtsgründe der Hinterlegung.

a) Die Rechtsgründe des § 372 BGB.

α) Verzug der Annahme.

§ 8.

αα) Verzug der Annahme als solcher.

Wie gezeigt wurde, kann der Verpflichtete die Schuld durch Hinterlegung tilgen, wenn ohne sein Verschulden Umstände obwalten, an denen die Erfüllung scheitert. Den Inbegriff derartiger Umstände bezeichnet das Recht mit dem Sammelnamen Hinterlegungsgründe.

An deren erster Stelle benennt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 372 den Annahmeverzug des Gläubigers. Die Bestimmungen

über den Annahmeverzug sind nur gering an Zahl,[94]) doch um so bedeutsamer an Inhalt.

„Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt“ (§ 293 BGB.). Die objektive Tatsache der Nichtannahme genügt; ein subjektiver Tatbestand — Verschulden des Gläubigers — wird nicht verlangt.

Damit schreitet das Bürgerliche Gesetzbuch auf neuen Bahnen. Die herrschende Meinung der Pandekten-Jurisprudenz ließ mora creditoris ohne Verschulden des Gläubigers nicht eintreten.[95]) Sie glaubte sich hierin mit dem klassisch-römischen Rechte im Einklang. Auch die Gesetzgebung der neueren Zeit hat den Gläubigerverzug vorwiegend in diesem Sinne behandelt.[96]) Kohler[97]) war es, der jener Lehre energisch und erfolgreich entgegentrat, so daß die heutige Gestaltung des Annahmeverzuges im wesentlichen ihm zu danken ist. An seine überzeugende Beweisführung durfte ich mich bereits oben anlehnen. Sie fußt auf dem Grundgedanken, daß der Gläubiger zur Annahme der Leistung zwar nicht verpflichtet ist, darum aber auch bei Nichtannahme mit einem Exkulpationsbeweise nicht gehört werden kann. Die Nichtannahme ist vielmehr lediglich als Nichtbenutzung eines Rechtes anzusehen. Ihre Nachteile müssen daher grundsätzlich zu Lasten des Gläubigers gehen. Anderenfalls würde das Recht des Schuldners auf Befreiung beeinträchtigt und ihm zu seiner Leistungspflicht eine Zulast aufgebürdet, die sich mit dem Inhalte des Schuldverhältnisses nicht vertrüge.[98])

Doch versagt das Bürgerliche Gesetzbuch die Konsequenzen des Prinzips da, wo sie zu einer offenbaren Unbilligkeit gegen den Gläubiger führen würden. Der Gläubiger kann sich auf die Annahme nicht vorbereiten, wenn eine Zeit für die Leistung überhaupt nicht oder nur im Sinne einer Begrenzung nach vorwärts bestimmt ist.[99]) Hier ist darum eine vorübergehende Verhinderung des Gläubigers an der Annahme der Verzugsfolge nicht fähig, es

---

[94]) §§ 293—304 BGB.

[95]) vgl. die bei Mühsam a. a. O. S. 23 Anm. 10 benannten Schriftsteller; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 446/47.

[96]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 68 Mitte nebst Anm. 1 daselbst; Kohler in J. J. Bd. 17 S. 417 ff.

[97]) Kohler S. 261 ff.

[98]) Kohler, Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 12.

[99]) vgl. § 271 BGB.

sei denn, daß der Schuldner die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.[100])

Daß die Leistung selbst keinen Grund zur Ablehnung geben darf, ist selbstverständlich. Dem Gläubiger muß das geboten werden, was er auf Grund seines Forderungsrechtes verlangen kann: die richtige und ganze Leistung zur rechten Zeit und am rechten Ort.

Natürlich kann von einer Nichtannahme nur die Rede sein, wenn der Gläubiger vor die Annahme gestellt wurde oder sich als vor dieselbe gestellt betrachten muß. Das Gesetz spricht hier von dem Erfordernis eines Angebotes (§§ 294—296 BGB.). Regelmäßig muß die Leistung „tatsächlich angeboten werden" (§ 294). „Ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung abzuholen hat" (§ 295 BGB.). „Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebotes nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt" (§ 296 BGB.).

Der Begriff und Inhalt des Angebotes ist für das Hinterlegungsrecht von besonderer Bedeutung. Nach ihm bestimmt sich die Grenzlinie zwischen Annahmeverzug und dem zweiten der Hinterlegungsgründe, der objektiven Ungewißheit über die Person des Gläubigers. Es empfiehlt sich, die juristische Natur des Angebotes erst mit dem zweiten der Hinterlegungsgründe selbst zu behandeln.

Doch nehmen wir das Ergebnis der unten anzustellenden Untersuchung über das Angebot vorweg: Ein tatsächliches Angebot ist nur dann erforderlich, wenn die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall ein solches ermöglichen! Ist's an dem, so kommen §§ 295, 296 dem Schuldner noch weiter entgegen. Zu welchem Ende nämlich sollte das Gesetz dem Schuldner die Lasten und Kosten eines Realangebotes auferlegen, das von vornherein als erfolglos

[100]) § 299 BGB.

angesehen werden muß oder nach dem Inhalte der Leistungspflicht noch gar nicht von ihm verlangt werden kann.

Bei dieser Regelung wird es allerdings für den Gläubiger nicht immer ersichtlich, ob der Schuldner zur Bewirkung der Leistung in Wahrheit imstande ist. Man steht hier vor der Frage, wie sich die Beweislast verteilt, wenn der Schuldner dem auf Leistung klagenden Gläubiger Annahmeverzug entgegenhält. Zweifellos muß der Schuldner die Art des von ihm gewählten Angebotes rechtfertigen bezw. nachweisen, warum es etwa eines Angebots nicht bedurfte. Die Beweislast bezüglich der Leistungsbereitschaft des Schuldners trägt dagegen der Gläubiger.[101]) Dies ergibt sich zunächst aus der Fassung des § 297: „Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn ... der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken". Dem Gläubiger wird hiermit ein Mittel gegeben, der Verzugsbehauptung zu begegnen. Benutzt er das Mittel, so muß er den entsprechenden Tatbestand dartun. Dazu kommt noch ein Gesichtspunkt, den die Kommission für die 2. Lesung[102]) mit Recht für maßgebend hielt. Der Schuldner weiß regelmäßig nicht, daß sein Erfüllungsversuch scheitern wird. Er wird sich ehrlich auf die Erfüllung vorbereiten. Er muß daher vor einem nachträglichen chikanösen Bestreiten seiner Leistungsbereitschaft grundsätzlich geschützt werden.

Der Annahmeverzug gewährt dem Gläubiger nicht nur die Hinterlegungsbefugnis. Auch ohne Hinterlegung geht die Gefahr auf den Gläubiger über. Es entfällt ferner die Zinspflicht sowie in gewissem Grade die Ersatz- bezw. Herausgabepflicht Nutzungen betr. (§§ 300—302 BGB.). Einen Anspruch auf Schadensersatz hat der Schuldner nicht. Der Gläubiger verletzt ja durch die Nichtannahme keinerlei Verpflichtungen. Der Schuldner kann nur Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie die Aufbewahrung der geschuldeten Sache machen mußte (§ 304).

---

[101]) vgl. Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 149/50; Rosenberg a. a. O. S. 166.

[102]) Prot. Bd. 1 S. 329 Mitte; anders noch Mot. Bd. 2 S. 70 oben.

ββ) Annahmeverzug und Abnahmepflicht.

§ 9.

ααα) Fragestellung.

Der Hinterlegung wird nicht selten ein Selbsthilfeverkauf vorausgehen müssen. Dem Verkauf sind natürliche Schranken gesetzt. Demgegenüber wird es dem Schuldner in der Praxis weniger darauf ankommen, von der Rechtspflicht, als vielmehr von der Sache befreit zu werden. Dies trifft vor allem auf das kaufmännische Geschäftsleben zu. Hier, wo raschester Umsatz der Hauptgewinnfaktor ist, muß die verkaufte Sache vom Platze sein, damit die neue Raum findet und verkauft werden kann. Der Nichtkaufmann kann ein ähnliches Interesse haben. Verkaufe ich z. B. meine Zimmereinrichtung, weil ich einer neuen bedarf, so kann ich die alte nicht mehr in meinen Wänden gebrauchen, wenn die neue eintrifft. Der Käufer hat mit diesem Interesse des Verkäufers zu rechnen. Das ergibt auch ohne besondere Vereinbarung der Kaufvertrag als solcher. Wer eine Sache zum Verkauf ausbietet, erklärt, daß er sie nicht mehr haben wolle. Wer sie kauft, nimmt diese Erklärung an und erklärt seinerseits, den Verkäufer von der Sache befreien zu wollen.

Man sprach hier im gemeinen Rechte von einem „naturale negotii“ und einer Naturalobligation des Käufers, die gekaufte Sache dem Verkäufer abzunehmen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt mit Normen ein, deren Inhalt in der Literatur eine einheitliche Auffassung nicht gefunden hat. Es bestimmt:

> „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer die verkaufte Sache abzunehmen“ (§ 433 Abs. 2);

ferner:

> „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen“ (§ 640).

Kohler[103]) führt hierzu aus: „Versagt bei Sachleistungen das Befreiungsmittel der Hinterlegung, so gilt der Satz: Der Gläubiger ist gehalten, den Gegenstand abzunehmen, in der Art, daß wenn er es nicht tut, der Schuldner den Gegenstand nach erfolgter tunlicher Androhung in irgendeiner Weise wegschaffen

[103]) Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 202 Mitte.

darf und kann, natürlich auf Kosten des Gläubigers. Ein ungenauer und sachwidriger Ausdruck ist es, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch hier von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Abnahme der Sache spricht. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, sondern er ist dazu gehalten, bei Vermeidung der angegebenen nachteiligen Folgen. Die Befugnis zur Wegschaffung steht dem Gläubiger daher auch dann zu, wenn der Gläubiger durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat, in das Unvermögen der Abnahme kommt, und umgekehrt finden im Falle der Nichtwegschaffung der Sache von seiten des Gläubigers die Bestimmungen über den Leistungsverzug keine Anwendung".

Kohlers Standpunkt ist also der: die Nichtabnahme begründet ausschließlich Annahmeverzug, diesen aber auch stets. Er baut seine Lehre weiter dahin aus[104]): Die Abnahme könne von dem Gläubiger nicht mehr verlangt werden, wenn er unter Erbieten der Gegenleistung auf die Sache verzichtet habe, eben weil mit dem Verzicht die Annahme ausgeschlossen sei. Verzichte der Gläubiger aber nicht, so habe der durch die Nichtabnahme ausgelöste Gläubigerverzug folgende Wirkungen: Das Gericht könne jetzt feststellen, daß, wenn in bestimmter Weise mit der Sache verfahren werde, der Verkäufer befreit sein solle. Es könne m. a. W. mit Rücksicht auf den individuellen Fall statt der Hinterlegung ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemein gesetzlichen Mittel liege, als genügend erklärt werden, um den Verkäufer zu befreien. Die Klage aus § 433 Abs. 2 sei daher nicht eine Klage auf Empfangnahme, sondern auf Feststellung dessen, daß der Schuldner befreit sei, falls mit der Sache in bestimmter Weise verfahren werde oder worden sei. —

Dieser Auffassung kann ich mich nicht anschließen. Das Gesetz betont scharf und nachdrücklich, daß es ihm bei der Befreiung des Schuldners darauf ankommt, dem Gläubiger den Vermögenswert der Leistung unter allen Umständen zu erhalten. Eben darum hat es die Erhaltungstätigkeit grundsätzlich der Privatwillkür entzogen und dem Staate übertragen. Läßt man das Erfordernis der Öffentlichkeit nur einmal fallen, so entzieht man ihm überhaupt den Boden. Hieraus glaube ich folgern zu müssen, daß grundsätzlich von einer privaten Wegschaffung der Schuldsache als Erfüllungs-

[104]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 149ff.

surrogat nicht die Rede sein kann. Es müßte dies jedenfalls in unzweideutiger Weise im Gesetz zum Ausdruck kommen. Das ist nicht geschehen. Zwar stellt Kohler das, was der Schuldner mit der Schuldsache tut, unter eine Vor- oder Nachprüfung des Richters. Aber es würde doch stets genügen müssen, wenn der Verkäufer dem Käufer die Ware vor die Türe stellt.[105]) Damit stehen wir bei dem urwüchsigsten der Erfüllungssurrogate, der Preisgabe, die das billige Recht überwunden zu haben glaubte.

Außerdem würde solche Preisgabe oft ein zweischneidiges Schwert für den Schuldner sein. Er würde die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden müssen. Das mutet aber an, wie eine Desinfektion der tödlichen Kugel. Jedenfalls liefe er häufig Gefahr, daß die ihm ausreichend dünkende Art und Weise der Wegschaffung vom Richter für ungenügend erklärt wird. Er bliebe sodann zu nochmaliger Leistung verhaftet.

Andere Hilfen müssen es also sein, die §§ 433 Abs. 2 u. 640 dem Schuldner gewähren.

βββ) Die Abnahmepflicht des Käufers.

§ 10.

Die Untersuchung sei zunächst auf § 433 Abs. 2 gerichtet. Die Bestimmung lautet vollständig:

> „Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen und dem Verkäufer die Sache abzunehmen".

Das Gesetz spricht von einer Verpflichtung des Käufers, und zwar von einer Verpflichtung, die mit der Zahlungspflicht in eine Reihe gestellt wird. Hiernach erscheint die Abnahmepflicht als ein Teil der dem Käufer obliegenden Gegenleistung. Diese Auffassung bestätigen die Motive[106]): „In den meisten Fällen", führen sie aus, „sei die Abnahmepflicht als eine sich aus dem Vertrage ergebende und selbständig klagbare zweifellos begründet. Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen und die Gefahr bestehen, daß sie nur in den Fällen anerkannt würde, in welchen sie ausdrücklich bedungen worden oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen ließe.

---

[105]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241.

[106]) Bd. 2 S. 318 oben.

Daraus, daß die modernen Kodifikationen sich überwiegend für die Verpflichtung aussprächen, sei auf ein praktisches Bedürfnis, dieselbe anzuerkennen, unbedingt zu schließen". Auf gleichem Boden steht die herrschende Meinung.[107])

Zum Verständnis der Abnahmepflicht ist weiter der Grundsatz festzuhalten, daß der Gläubiger zur Annahme nicht gezwungen werden kann. Die Abnahme kann also inhaltlich nichts mit einer Annahme zu tun haben. Daraus folgt:

I. Der Käufer kann seiner Abnahmepflicht genügen, ohne anzunehmen;
II. der Käufer bleibt zur Abnahme auch dann verpflichtet, wenn er auf die Leistung verzichtet;[108])
III. mit der Erfüllung der Abnahmepflicht ist keine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung verbunden.[109])

Andererseits kann die Abnahmepflicht die vollendete Annahme nicht überleben. Annahme setzt Abnahme voraus, weil zu jener die Teilnahme an dem Eigentumsübertragungsakte gehört und dieser sich wiederum aus Übergabe (Abnahme) und Einigung zusammensetzt.

Hiernach ist Abnahme „die körperliche Hinwegnahme der Sache, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erlangen und den Verkäufer von der Sache zu entlasten".[110])

Was die Einwirkung der Abnahme auf das Schuldverhältnis angeht, so sind folgende Tatbestände möglich:

I. Der Gläubiger nimmt ab
  1. in Verbindung mit regelrechter Annahme;
  2. ohne anzunehmen, und zwar
    a) so, daß Annahmeverzug eintritt;
    b) unter Verzicht auf die Leistung mit Erbietung zur Gegenleistung.
II. Der Gläubiger nimmt nicht ab:
  1. er tut überhaupt nichts;
  2. er verzichtet;
  3. die Leistung des Verkäufers wird unmöglich.

[107]) vgl. Oertmann S. 326 Anm. 3 b α zu § 433 seines Komm. und die daselbst angegebenen Schriftsteller.

[108]) D. h. im Wege eines Erlaßvertrags mit dem Verkäufer (§ 394 BGB.).

[109]) Wenigstens beim Kauf, anders beim Werkvertrag; vgl. unten S. 37 ff.

[110]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 334 Mitte Anm. 7 b zu § 433.

I. 1. Bei regelmäßiger Abwicklung des Erlöschungsvorganges tritt die Abnahme nicht besonders hervor. Bei der Holschuld[111]) kann sogar Ab-, Annahme und Abholung zu einem Gesamtvorgange verschmelzen. In diesen Fällen erlischt die Verpflichtung des Verkäufers kraft regulärer Erfüllung.

I. 2 a. Nimmt der Käufer lediglich freiwillig ab, ohne anzunehmen, so befreit er den Verkäufer von der Last der Sache. Gleichzeitig tritt auch Befreiung von der Schuld ein. Das soll unten im Zusammenhang mit dem Fall der Klage auf Abnahme näher erörtert werden.

I. 2 b. Verzichtet der Käufer unter Erbieten der Gegenleistung auf die Leistung des Verkäufers, so wird der Verkäufer frei. Mit Vollzug der Abnahme und Zahlung des Kaufpreises wird auch der Käufer frei. Freilich kann der Verkäufer auf seinen Abnahmeanspruch verzichten. Einen solchen Verzicht wird man oft in der Entgegennahme des Verzichtes des Käufers auf die Leistung erblicken können. Auch kann sich die Geltendmachung des Abnahmeanspruchs als Chikane darstellen.[112]) Indessen ist das Tatfrage. Prinzipiell verbleibt es bei der Abnahmepflicht. Dem Interesse des Verkäufers an der Abnahme wird durch den Verzicht des Käufers an sich noch nicht Genüge geleistet.

II. 1. Die Abnahme ist, wie oben gezeigt, notwendiger Bestandteil der Annahmegesamthandlung. Daraus folgt, daß der Käufer selbst durch unverschuldetes Unterlassen der Abnahme in Annahmeverzug gerät,[113]) es sei denn, daß er auf die Leistung des Verkäufers verzichtet hat.

Der Verkäufer erleidet durch die Nichtabnahme Vermögensnachteile. Der Ersatz der Mehraufwendungen für Erhaltung und Verwahrung der Schuldsache ist durch § 304 sichergestellt. Nach der Kohlerschen Ansicht würde es hierbei sein Bewenden haben. Das ist nicht genügend. Der Verkäufer kann einen weitergehenden Schaden erleiden. Der Inhaber eines Warengeschäfts würde z. B. in der Ergänzung seines Lagers behindert sein. Hierdurch können ihm weitere Verkaufsgeschäfte und deren Gewinn entgehen. Auch

[111]) Das Abholen hat begrifflich nichts mit der Abnahme zu tun, ebensowenig wie andererseits die Notwendigkeit einer Abnahme bei der Bringschuld entfällt.

[112]) § 226 BGB.

[113]) Sofern er sich nicht schon darin befindet.

für diesen Schaden kann der Verkäufer den Käufer verantwortlich machen. Er beruht ja auf Nichterfüllung einer Verpflichtung. Freilich müssen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen auch sonst Verantwortlichkeit für Nichterfüllung nachholbarer [114]) Leistungen eintritt: die Voraussetzungen des Leistungsverzugs.[115])

Vor allem muß die Nichterfüllung auf einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande beruhen.[116]) Was als zu vertretender Umstand gilt, ergibt der Inhalt und die besondere Lagerung des jedesmaligen Schuldverhältnisses. Auch Zufall kann ein zu vertretender Umstand sein. Für den Kauf verbleibt es in der Regel bei der allgemeinen Umgrenzung der Vertretungspflicht. Der Käufer büßt das Unterlassen der Abnahme also mit Leistungsverzug, wenn es vorsätzlich oder fahrlässig geschehen ist.[117]) [118])

Weitere Voraussetzung für den Leistungsverzug ist die Mahnung zur Leistung. In unserem Falle erübrigt sie sich. Sie wird in der Regel durch den Tatbestand des gleichzeitig obwaltenden Annahmeverzuges gedeckt sein. Entweder ist nämlich ein Real- oder Verbalangebot vorausgegangen; dieses schließt die Mahnung zur Abnahme in sich ein.[119]) Oder es war für die von dem Käufer vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt usw., so daß ein Angebot nicht erforderlich war; dann gilt diese Zeitbestimmung auch für die Abnahmehandlung und die Notwendigkeit einer Mahnung entfällt.[120])

Will der Verkäufer die Abnahme erzwingen, so erhebt er Klage auf Leistung des Abnehmens. Hierzu ist er selbstverständlich auch dann berechtigt, wenn der Käufer nicht im Leistungsverzuge ist.

Regelmäßig wird der Käufer dem ihn zur Abnahme verurteilenden Erkenntnisse entsprechen. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach § 887 ZPO.[121]) § 887 ZPO. setzt voraus, daß die Vor-

[114]) Lehmann a. a. O. S. 71.

[115]) § 286 Abs. 1 BGB.

[116]) § 285 BGB.

[117]) §§ 276, 242 BGB.

[118]) D. h. der Schuldner (Käufer) muß den Exkulpationsbeweis führen, wenn er der Verzugsbehauptung des Verkäufers begegnen will. Vgl. die Fassung des § 285.

[119]) § 284 Abs. 1 BGB.

[120]) § 284 Abs. 2 BGB.

[121]) vgl. Planck a. a. O. S. 334 unten Anm. 7 b zu § 433.

nahme der zu erwirkenden Handlung durch einen Dritten erfolgen kann. Das ist von der Abnahme anzunehmen; denn wer die Abnahmehandlung vornimmt, ist gleichgültig. Es handelt sich lediglich um Herstellung eines räumlichen Verhältnisses, bei welcher es auf eine Tätigkeit des Käufers persönlich nicht ankommt.[122])

Ist der dem Urteil entsprechende Zustand herbeigeführt, so hat der Verkäufer die Befreiung von der Last der Sache erreicht. Daneben tritt noch eine zweite Wirkung ein, die oben bereits angedeutet wurde.[123]) Es gilt die Schuldnerschaft des Verkäufers als erloschen, bis der Käufer das Gegenteil nachweist. Äußerlich waltet jetzt nämlich der gleiche Zustand ob, den eine „Annahme als Erfüllung" herbeigeführt haben würde. Die Schuldsache befindet sich oder befand sich im tatsächlichen Verfügungsbereich, in der unbeschränkten Gewalt des Käufers, so daß die Verpflichtung des Verkäufers gegenstandslos geworden ist. Es handelt sich um einen Fall des Obligationsuntergangs durch Zweckerreichung: „Der obligatorische Anspruch erlischt durch Zweckerreichung, wenn durch ein nicht auf den Anspruch gerichtetes Handeln die Bedürfnisbefriedigung, auf die der Anspruch gerichtet ist, für den Gläubiger vollständig und gleich günstig erreicht ist".[124]) Zwar ist formal kein Eigentum übertragen. Doch bekundet der Verkäufer durch die Klage auf Abnahme den Übertragungswillen mit hinreichender Deutlichkeit. Der Käufer braucht nur den Annahmewillen in sich zu bilden, um Eigentümer zu werden.

So wird der Abnahmeanspruch zu einem Mittel für den Verkäufer, sich ohne Hinterlegung und vor allem ohne Selbsthilfe-

---

[122]) Planck (wie oben) lehrt, dies treffe nicht immer zu. Soweit es nicht der Fall sei, die zu erzwingende Handlung des Käufers aber ausschließlich von seinem Willen abhänge, wie die Annahme der Sache, erfolge die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. Das erscheint mir nicht zutreffend. Eine Annahme wird mit dem Anspruch auf Abnahme nicht begehrt, sondern nur eine körperliche Hinwegnahme. Diese vollzieht der Verkäufer bei der Vollstreckung auf Grund der ihm erteilten Ermächtigung selbst oder durch einen Dritten in der Weise, daß er dem Käufer die Sache ins Haus bringt. Der Käufer erlangt dadurch die tatsächliche Verfügungsgewalt von selbst. — Aus den angegebenen Gründen kann ich mich auch Gaupp-Stein (a. a. O. S. 694 Anm. II, 2 zu § 887 ZPO.) nicht anschließen, der allgemein § 888 ZPO. für die maßgebende Vollstreckungsbestimmung hält.

[123]) s. oben S. 33.

[124]) Klein a. a. O. S. 107.

verkauf von der Schuld zu befreien. Nicht aber in der Weise, für die Kohler eintritt.[125]) Die Klage aus § 433 Abs. 2 ist keine Klage auf Feststellung, daß der Verkäufer befreit sei, wenn er in bestimmter Weise mit der Schuldsache verfahre. Sie ist vielmehr primär eine Klage darauf, daß der Käufer in bestimmter Weise mit ihr verfahre, daß er sie abnehme. Erst die Durchführung der Klage hat sekundär aus den angegebenen Gründen Befreiung des Verkäufers zur Folge.

II. 2. Hat der Käufer auf die Leistung des Verkäufers verzichtet, so kann von einem Annahmeverzug keine Rede mehr sein. Der verzichtende Käufer seinerseits bleibt, wie bereits ausgeführt,[126]) prinzipiell in ganzem Umfange leistungspflichtig. Er hat sowohl zu zahlen wie abzunehmen, wenn auch die Abnahmepflicht unter Umständen entfallen kann.[126])

Über die Schadenshaftung des Käufers gilt das unter II, 1 Gesagte mit der Modifikation, daß der Verkäufer den Käufer nach allgemeinen Regeln in Verzug setzen muß. Auch die Erzwingung der Abnahme vollzieht sich entsprechend den Ausführungen unter II, 1.

II. 3. Es erübrigt, auf die Beeinflussung der Abnahmepflicht durch Untergang der abzunehmenden Sache einzugehen. Die Abnahmepflicht als solche entfällt; ihre Erfüllung ist physisch unmöglich, weil der Verkäufer der Sache bereits enthoben ist.[127]) Diese Wirkung ist aber nur dann eine lebendige, wenn die Sachleistung des Verkäufers nicht mehr in Frage steht, also wenn der Käufer verzichtet hatte, aber zur Abnahme verpflichtet blieb. Steht dagegen die Leistung des Verkäufers noch zum Vollzuge, so löst der Untergang der Schuldsache nicht eine Unmöglichkeit der Abnahme, sondern, wenn überhaupt eine Unmöglichkeit, die der Leistung des Verkäufers aus. Es greifen also die hier einschlägigen Bestimmungen Platz. Hat der Verkäufer die Unmöglichkeit verschuldet, so bleibt er verhaftet.[128]) Trifft das Verschulden den Käufer, so wird der Verkäufer unter Fortbestand seines Anspruchs auf den Kaufpreis, aber unter Wegfall seines Anspruchs auf Ab-

[125]) s. oben S. 29—30.

[126]) s. oben S. 33.

[127]) „Eine Obligation erlischt durch Zweckerreichung, wenn durch einen zufälligen Vorgang der Zweck gleich günstig und vollständig erreicht ist." Klein a. a. O. S. 114ff.

[128]) §§ 275 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB.

nahme frei.[129]) Besser noch steht sich der schuldlose Verkäufer, wenn der Käufer in Annahmeverzug war. Während er selbst nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet,[130]) bedarf es eines Verschuldens der Gegenseite nicht. Der Annahmeverzug gilt schlechthin als zu vertretender Umstand.[131]) Auch hier wird der Verkäufer frei, behält den Anspruch auf den Kaufpreis, während der Abnahmeanspruch als gegenstandslos entfällt.

§ 11.

γγγ) Die Abnahmepflicht des Werkbestellers.

Auch beim Werk- und Werklieferungsvertrage ist die Abnahmepflicht eine Leistungspflicht, doch ist ihr Inhalt weiter umgrenzt.

Der Werkmeister hat nicht wie der Verkäufer lediglich eine bestimmte Sache, sondern eine von ihm herzustellende Sache, ein Werk zu leisten. Ist die Sache hergestellt, so ist sie nicht eben bloß eine Sache, sondern sie ist „das Werk". Sie kann daher nur in dieser Eigenschaft abgenommen werden. Auch wäre dem Werkmeister mit bloßer Sachabnahme nicht gedient. Dem Verkäufer ist eine weitgehende Sicherung gegen spätere Mängelansprüche durch § 460 BGB.[132]) gewährt. Eine entsprechende Bestimmung für den Werkvertrag fehlt. Beim Kaufabschluß ist eben der so und so beschaffene Leistungsgegenstand bereits vorhanden, beim Abschluß des Werkvertrages dagegen noch nicht.[133]) Daraus ergibt sich: Den Interessen des Werkmeisters wird nur diejenige Abnahme gerecht, die Abnahme des Werkes ist. M. a. W. das einmal unbeanstandet abgenommene Werk muß der Besteller bis zum Beweise des Gegenteils als das vertragsmäßige gelten lassen.

---

[129]) § 324 Satz 1 BGB.

[130]) § 300 Abs. 1 BGB.

[131]) § 324 Abs. 2 BGB.

[132]) „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.

[133]) Oertmann, Komm. z. BGB. S. 645 Anm. 1 bα zu § 640 u. S. 646 Anm. 1 bγ.

Solche Erwägungen erschienen auch dem Gesetzgeber maßgebend.[134]) Wenn also § 640 bestimmt:

„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen . . .",

so heißt das: der Besteller muß

1. wie der Käufer die Sache aus dem räumlichen Machtbereich des Werkmeisters hinwegschaffen, um dadurch selbst die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erlangen und den Werkmeister von der Sache zu entlasten;
2. diese Abnahme als Erfüllung gegen sich gelten zu lassen.[135])

Vielfach spricht man von einer Verpflichtung des Bestellers, „die Sache als Erfüllung anzunehmen".[136]) Der Ausdruck ist praktisch, aber begrifflich nicht ganz zutreffend. Der Besteller ist als Gläubiger auch hier nicht zu einer Annahme verpflichtet. Er muß abnehmen und sich dann so behandeln lassen, als habe er angenommen zu der Wirkung, daß ihn die Beweislast für später behauptete Mängel trifft.[137]) [138]) —

Auch beim Werkvertrage wird die Abnahme unter Umständen sekundär zu einem Erfüllungssurrogat, das den Verpflichteten der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufs enthebt. Verbindet der Besteller allerdings mit dem Abnahme- den Annahmewillen, so erlischt die Leistungspflicht des Werkmeisters kraft Erfüllung. Nimmt aber der Besteller lediglich in Erfüllung seiner Abnahmepflicht ab, so ersetzt die als Annahme geltende Abnahme die Erfüllung. Die Leistungspflicht des Werkmeisters gilt als erloschen, wenn nicht der Besteller rechtzeitig auftritt und nachweist, daß die Leistung nicht Erfüllung war.

Wie beim Kauf begründet das Unterlassen der Abnahme Annahmeverzug; denn wer nicht abnimmt, nimmt erst recht nicht an. Wie beim Kauf tritt auch hier volle Schadenshaftung des Bestellers ein, wenn gleichzeitig Leistungsverzug vorliegt.

Erläßt der Besteller dem Werkmeister die Leistung unter

---

[134]) Mot. Bd. 2 S. 490.

[135]) Herrschende Meinung; vgl. Oertmann, Komm. S. 644ff. Anm. 1 zu § 640.

[136]) Oertmann S. 645 oben Anm. 1 aβ zu § 640.

[137]) § 363 BGB.

[138]) Soweit überhaupt noch eine Mängelhaftung des Werkmeisters besteht. vgl. § 640 Abs. 2 BGB.

Erbietung zur Gegenleistung, so wird der Werkmeister frei. Gleichzeitig entfällt der Anspruch des Werkmeisters auf Abnahme des Werkes. Dagegen wird er auch jetzt noch Abnahme der Sache im Sinne räumlicher Befreiung von derselben verlangen dürfen, wenn er ein schutzbedürftiges Interesse an derselben hat. —

Muß der Werkmeister die Abnahme im Klagewege erzwingen, so zeigt sie sich als Erfüllungssurrogat in ihrer eigentlichsten Kraft. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach § 888 ZPO.[139]) § 887 ZPO. ist nicht anwendbar, weil die Vornahme der geschuldeten Handlung hier nicht durch einen Dritten erfolgen kann. Die Abnahme muß nämlich dem Besteller eine Prüfung des Werkes ermöglichen, wenn anders das abgenommene Werk als das bestellte gelten soll. Das aber kann sie nur, wenn der Besteller sie selbst vollzieht. Plancks Meinung, daß außer § 888 auch § 894 ZPO. zur Anwendung komme,[140]) kann ich mich nicht anschließen. Eine des Werk billigende Anerkennungserklärung wird mit der Abnahme von dem Besteller nicht verlangt.[141])

β) Objektive Ungewißheit des Gläubigers.

§ 12.

αα) Objektive Ungewißheit des Gläubigers und Annahmeverzug.

Nach der herrschenden Meinung ist das zur Inverzugsetzung des Gläubigers erforderliche Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung (Aufforderung zur Annahme). Es lassen sich nun Fälle denken, in denen ein Angebot in diesem Sinne unmöglich ist.[142]) Z. B.: Der dem Schuldner noch unbekannte Gläubiger unterläßt es, sich dem Schuldner durch eine geeignete, auf Annahme gerichtete Handlung vorzustellen; der Schuldner kennt zwar seinen

---

[139]) Oertmann, Komm. S. 643 Anm. 2 am Ende zu § 638.

[140]) Planck, Komm. S. 611 Anm. 2d Abs. 2 zu § 640.

[141]) Planck (S. 610 Anm. 2b zu § 640) definiert die Abnahmepflicht des Bestellers als Verpflichtung, das vertragsmäßig hergestellte Werk hinzunehmen und als Erfüllung anzuerkennen. Er scheint aber selbst hierbei an eine Anerkennungserklärung des Bestellers nicht zu denken, da er seine Definition erläutert: „Der Besteller muß eben nur die Folgen auf sich nehmen, wenn er sich bei der Abnahme nicht darum kümmert, ob das Werk vertragsmäßig hergestellt ist, daß sich hinsichtlich der erkennbar gewesenen Mängel die Beweislast umdreht".

[142]) Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 200.

Gläubiger, nicht aber dessen Aufenthalt; der Schuldner trifft den Gläubiger am Erfüllungsorte nicht an. Hier kann der Schuldner dem Gläubiger eine Erklärung nicht zugehen lassen. Wäre das Angebot grundsätzlich eine empfangsbedürftige Willenserklärung, so wäre eine Inverzugsetzung des Gläubigers dem Schuldner in diesen Fällen unmöglich.

Hinterlegungsbefugnis scheint ihm zwar aus dem zweiten der Hinterlegungsgründe erteilt zu sein: der Schuldner kann aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen. Hierin ist jedoch eine ausreichende Fürsorge für die angezogenen Fälle nicht zu erblicken. Um sich die Vorteile des Gefahrüberganges und der Befreiung von Zinspflichten zu verschaffen, wäre der Schuldner gezwungen, zur Hinterlegung oder gar dem leicht mißlingenden Selbsthilfeverkauf zu schreiten. Es muß daher versucht werden, dem Angebot eine andere Bedeutung zu geben. Gelingt es, in den angeführten Fällen Annahmeverzug nachzuweisen, so braucht der Schuldner nicht erst zu hinterlegen, um Befreiung von Gefahrtragung und Zinspflicht zu erlangen. Und für die Hinterlegung selbst würde natürlich nicht objektive Ungewißheit des Gläubigers, sondern eben Annahmeverzug den Rechtsgrund abgeben.

Fassen wir einmal ganz allgemein die Lage eines Schuldners ins Auge, der korrekt Erfüllung betreibt und sich hierbei durch das passive Verhalten des Gläubigers gehemmt sieht. Sofort überfällt ihn eine Reihe von Nachteilen, die nicht durch den Inhalt seiner Verpflichtung begründet sind, also nicht zu seinen Lasten gehen dürfen. Hiermit ist die Notwendigkeit eines sofort in Wirksamkeit tretenden Schutzes gegen jene Nachteile gegeben. Der Schuldner muß ihrer entlastet, d. h. er muß von Gefahrtragung und Zinspflicht frei werden. M. a. W. der Gläubiger muß in Annahmeverzug fallen. Grundsätzlich darf also die Rechtsordnung eine besondere Erklärung und Aufforderung zur Annahme nicht von dem Schuldner verlangen, nicht ein besonderes, bei der regulären Erfüllung nicht vorkommendes Unternehmen oder einen Formakt zum Zwecke der Inverzugsetzung des Gläubigers, nicht eine Mahnung, um etwa dem Gläubiger die Folgen seines Verhaltens in Güte vor die Seele zu führen, nicht einen selbständig sich abhebenden Beweisakt für die Leistungsbereitschaft des Schuldners. Festzuhalten ist immer das Bild: Der Schuldner sieht sich plötzlich und unver-

mutet aufgehalten, weil der Gläubiger ihm die erforderlichen Brücken auf dem Wege nicht baute, den der Schuldner ging, um zu erfüllen, nicht um zu demonstrieren.

So ist es de lege lata verfehlt, daß z. B. der Code civil in art. 1258 Nr. 7, wo es sich allerdings nicht so sehr um die Voraussetzungen des Annahmeverzuges, als um die der Hinterlegung handelt, vorschreibt, das Anerbieten habe durch einen besonders qualifizierten Beamten zu geschehen. Verfehlt scheint es mir ebenso, daß das gemeine Recht ein gerichtliches Angebot verlangte.[143]) Kurz, verfehlt ist es, die Tätigkeit des Schuldners irgendwie aus der Sphäre privater und normaler Erfüllungstätigkeit herauszuheben.

Der Annahmeverzug kann also auf der Schuldnerseite allein zur Voraussetzung haben, daß der Schuldner sämtliche Erfüllungshandlungen, die ihm ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich sind, korrekt zur Ausführung bringt, und nur solche Erfüllungshandlungen, die ihm von vornherein durch den Inhalt seiner Leistungspflicht vorgeschrieben sind. Jegliches Mehr würde eine Zulast zu seiner Leistungspflicht sein, die sich nicht aus dem Vertrage und damit überhaupt nicht rechtfertigen ließe. Je früher nach der Lagerung des Schuldverhältnisses die Mitwirkung des Gläubigers in Frage kommt, um dem Schuldner die Weiterführung der Erfüllung zu ermöglichen, desto eher hat dieser das Seinige getan, desto eher tritt Annahmeverzug ein. Allerdings wird der Gläubiger von seinem Verzugsfalle nicht immer sofort Kenntnis erlangen. Dessen bedarf es aber auch gar nicht. So gut wie er weiß, daß er Gläubiger ist, weiß er auch, wann und wie seine Mitwirkung bei dem Erfüllungsvorgange einzutreten hätte.

Das Gesagte mögen einige Beispiele erläutern. Verweigert der Gläubiger die Annahme der ihm angebotenen Schuld, so fällt er in Annahmeverzug. Hierüber kann kein Zweifel herrschen. Stellt sich der Schuldner mit der Leistung zur gehörigen Zeit am gehörigen Orte ein, während sich der Gläubiger nicht finden läßt, so liegt zwar eine ausdrückliche Verweigerung der Annahme nicht vor. Doch ist's eine Nichtannahme, die für den Schuldner die gleichen nachteiligen Folgen auslöst, wie eine Zurückweisung. Sein Handeln muß also ebenso vollwertig sein zur Begründung des

[143]) vgl. Crome, Grundlehren des franz. Obligationenrechts S. 191/92; Windscheid Bd. 2 S. 443; Mühsam S. 22.

Annahmeverzuges wie im ersten Falle. Noch einen Schritt zurück! Weiß der Schuldner bereits mit Bestimmtheit, daß der Gläubiger am Erfüllungsort nicht zu treffen sein wird, so ist dessen Verzugssetzung noch eher geschehen. Der Schuldner bereitet die Leistung in diesem Falle so weit vor, daß es nur noch ihrer Verbringung an den Erfüllungsort bedarf. Den unbedingt vergeblichen Gang dorthin wird kein vernünftiges Recht von dem Schuldner verlangen.

Auch hier war es Kohler, welcher der soeben entwickelten Theorie Bahn gebrochen hat[144]): „Annahmeverzug", führt er aus, „liegt vor, wenn der Gläubiger säumig ist, die Bedingungen zu setzen, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung in obligationsgemäßer Weise erfolgen kann".[145]) Ein Fall des Annahmeverzuges ist es nach Kohler, „wenn der Gläubiger abwesend ist, oder über seine Person objektive Ungewißheit besteht".[146]) „Hier bedarf es keines Realangebots, es bedarf auch keines Verbalangebotes, wo dieses sonst — ohne die Abwesenheit — erforderlich sein würde. Der Grund ist einleuchtend: man kann nur da gehalten sein, anzubieten, wo die Möglichkeit eines Erfolges vorliegt."[147]) Von einem besonderen Angebot kann der Eintritt des Annahmeverzuges nur da abhängig sein, wo „nach dem Inhalt der Obligation der Schuldner mit der Leistung beginnen muß"[148]) — und beginnnen kann! —, „wo das, was man Realoblation, tatsächliches Angebot nennt, in der Natur der Obligation begründet ist",[149]) also auch im Falle der regulären Erfüllung stattfinden würde.

Auf ähnlichem Standpunkte steht Oertmann,[150]) wenn er bemerkt: „Daß der Gläubiger von dem an sich korrekten Angebot Kenntnis erhalten habe, wird nicht gefordert; ist er am Leistungsorte nicht anwesend und hat auch für einen Vertreter nicht Sorge getragen, so muß er die Folgen auf sich nehmen".

Dagegen geht Rosenberg[151]) grundsätzlich davon aus, daß

[144]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 183 ff., 191 ff., 193—201; Kohler in J. J. Bd. 17 S. 400 ff.

[145]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 183.

[146]) Kohler S. 191.

[147]) Kohler S. 199.

[148]) Kohler S. 193 oben.

[149]) Kohler S. 196 unten.

[150]) Komm. S. 119 Anm. 4 zu § 294.

[151]) a. a. O. S. 141 ff.

die Rechtsordnung von einer empfangsbedürftigen Manifestation der Leistungsbereitschaft des Schuldners beim Annahmeverzug nicht absehen dürfe.[152]) In geistreicher Darlegung verwirft er den Unterschied zwischen oblatio realis und verbalis[153]) und präzisiert die Fragestellung dahin, daß sich allein frage, was der Schuldner anzubieten habe, nicht aber, wie er anzubieten habe. Antwortend stellt er den Satz auf, der Schuldner habe immer das anzubieten, wozu er nach dem konkreten Schuldverhältnis verpflichtet sei.[154]) Je weniger der Gläubiger zur Erfüllung mitzuwirken habe, desto mehr müsse der Schuldner getan haben, um den Gläubiger in Verzug zu setzen und umgekehrt. Hiernach kommt Rosenberg zu dem Resultat, bei dem Unterschied zwischen tatsächlichem und wörtlichem Angebot handele es sich lediglich um einen Unterschied in dem Umfang der Leistungsbereitschaft. Das erstere sei ein Angebot mit einer tatsächlichen, das letztere ein Angebot mit einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft.[155]) Das Angebot selbst aber werde von dem Unterschiede nicht berührt. Es sei in beiden Fällen begrifflich das Gleiche, nämlich Erklärung der Leistungsbereitschaft. Seiner juristischen Natur nach sei es stets eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die darum dem Gläubiger zugehen müsse.[156]) Für die Notwendigkeit eines derartigen Angebotes sieht dieser Schriftsteller einen ausreichenden Grund in der Erwägung, daß man einen festen Punkt für den Beginn des Verzuges haben müsse. Ohne einen solchen geriete der Gläubiger ohne sein Wissen in Verzug, sobald der Schuldner leistungsbereit sei.[157]) [158])

Rosenberg übersieht, daß die Auferlegung einer grundsätzlich empfangsbedürftigen Angebotserklärung eine unzulässige Mehrbelastung des Schuldners ist. Ganz besonders unerträglich wäre diese Mehrbelastung im Falle der Abwesenheit des Gläubigers. Hier müßte der Schuldner zur Verwirklichung der Angebotserklärung oft den Weg der öffentlichen Zustellung beschreiten.[159]) Doch

[152]) Rosenberg S. 148.
[153]) Rosenberg S. 150.
[154]) Rosenberg S. 151.
[155]) Rosenberg S. 156.
[156]) Rosenberg S. 157.
[157]) Rosenberg S. 148.
[158]) So auch Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 149 unter Nr. 3.
[159]) Nach ZPO. § 204.

wird der Laie diesen Notausgang, der doch ein wenig zu sehr im Dunkel winkliger Gesetzesgänge verborgen ist, meist überhaupt nicht finden. Ein Rechtsinstitut aber, das uns bei den einfachsten Schuldverhältnissen Derartiges zumuten wollte, dürfte von vornherein unbrauchbar sein.

Unser Gesetz hat solchen Vorwurf nicht verdient. Bereits die Motive geben uns einen brauchbaren Aufschluß über seine Stellungnahme. „Der Schuldner", lesen wir daselbst,[160]) „hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation für sein Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt. Diese ihm obliegende Tätigkeit hat der Schuldner bis zu dem Punkte fortzuführen, an dem ihm eine Fortführung und Erreichung des Zieles dadurch unmöglich wird, daß der Gläubiger jene Voraussetzungen nicht erfüllt. Aus diesem Grunde kann dem Schuldner die fernere Tätigkeit früher oder später abgeschnitten sein, ja es kann nach der konkreten Obligation ein solches, den obligationsmäßigen Voraussetzungen widersprechendes Verhalten schon vor dem Beginn der von dem Schuldner zu entwickelnden Tätigkeit liegen und diesen Beginn ausschließen." Von einer Angebotserklärung ist hier keine Rede. Die Motive sehen darin, daß der Schuldner nach Möglichkeit die Erfüllung betrieben hat, alles geschehen, was von der Schuldnerseite zur Inverzugsetzung des Gläubigers notwendig ist.

In gleichem Sinne spricht sich das Gesetz selbst aus, wenn auch nur mittelbar. § 299 bestimmt, daß eine vorübergehende Verhinderung des Gläubigers, also z. B. vorübergehende Abwesenheit, den Verzug nicht auszulösen vermag. Daraus ergibt sich, daß das Gesetz umgekehrt dauernde Abwesenheit als Verzugsgrund ansieht, die Abwesenheit selbst, ohne daß noch die Übermittlung einer Bereitschaftserklärung hinzuzukommen braucht. Auch § 374 Abs. 2 letzter Satz und § 384 Abs. 3 lassen sich für den zu erbringenden Nachweis verwerten. Der Schuldner ist verpflichtet, den Gläubiger von dem Vollzug einer Hinterlegung oder eines Selbsthilfeverkaufs zu benachrichtigen, einen beabsichtigten Selbsthilfeverkauf ihm anzudrohen. Diese Erklärungen sind unzweifelhaft

[160]) Mot. Bd. 2 S. 69 unten.

empfangsbedürftig. Das Gesetz gedenkt aber hier auch ausdrücklich des Mißstandes, der sich ergibt, wenn dem Schuldner eine wirksame Abgabe jener Erklärungen gar nicht oder nur unter Aufwand besonderer Mühen gelingen wird: Die Erklärungen können unterbleiben, wenn sie „untunlich" sind. Bezüglich des Angebots fehlt eine solche Erleichterung. Daraus glaube ich schließen zu dürfen: Das Gesetz hat da, wo es wirklich Angebot und Angebotserklärung fordert,[161]) nur solche Fälle im Auge, in denen eine Angebotserklärung nicht scheitern kann, in denen sie „tunlich" ist.

Allerdings scheinen §§ 293—296 dem in lapidaren Worten zu widersprechen. Der Widerspruch klärt sich auf, wenn man § 293 aufmerksam ins Auge faßt. „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." Das ist keine abstrakte Rechtsregel. Ein Fall wird gesetzt mit bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen. Der Fall, daß der Schuldner mit dem Gläubiger zusammentrifft, hierbei anbietet, der Gläubiger aber die Leistung zurückweist. An diesen Fall schließen sich §§ 294—296 an. Nach § 294 soll das Angebot regelmäßig nicht eine Anfrage, sondern ein tatsächlicher Erfüllungsversuch sein. § 295 gestattet unter Umständen wörtliches Angebot, z. B. wenn der Gläubiger bereits abgelehnt hat, wenn also tatsächlich schon hin und her verhandelt worden ist, wie es eben in dem von § 293 gesetzten Falle geschehen kann. § 296 verengert den Fall noch mehr, indem er ihm besondere Tatumstände hinzufügt, die eine besondere Behandlung motivieren.

Man sieht, daß das Gesetz der Fälle, in denen ein Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung scheitern muß,[162]) überhaupt nicht gedenkt. Wohl sind das tatsächliche Angebot des § 294 und das wörtliche des § 295 empfangsbedürftige Willenserklärungen. Aber sie sind kasuistisch unter Voraussetzungen gefordert, die ein glattes Zugehen ermöglichen. Also, ist eine unmittelbare reale oder verbale Präsentation der Leistung tatsächlich ausführbar, so muß der Schuldner sie auch vollziehen. Sie ist dann nichts anderes als der Komplex der dem Schuldner möglichen normalen Erfüllungshandlungen. Fordert das Bürgerliche Gesetzbuch in den von ihm gesetzten Fällen stets nur das Mögliche an Erfüllungshandlungen,

---

[161]) vgl. §§ 293—296 BGB.

[162]) s. oben S. 39 unten.

so ist die Gewinnung des Grundprinzips aus §§ 293 ff. unschwierig: Der Schuldner muß auch in anderen Fällen, auf die der Tatbestand der §§ 293 ff. an sich nicht paßt, zur Inverzugsetzung des Gläubigers die normalen Erfüllungshandlungen lediglich so weit vollziehen, als er ohne Mitwirkung des Gläubigers in der Lage ist. Das ist jener Grundsatz, der dem Schuldner den verdienten Schutz verschafft, den Schutz, den ihm ein logisches Recht verschaffen muß.

Freilich ist das Gesetz nicht gerade glücklich gewesen, an Stelle einer prinzipiellen Regelung des Annahmeverzuges lediglich eine kasuistische zu bieten. Doch reicht diese für die meisten Fälle aus und ist deutlich genug, um einen Rückschluß auf das Prinzip zu gestatten.

Damit erledigen sich auch die Befürchtungen, die Rosenberg dazu gelangen lassen, allgemein eine besondere Angebotserklärung zu verlangen. „Ohne eine solche", meint er, „käme der Gläubiger n Verzug, wenn er sich nicht sofort im Augenblicke der Fälligkeit bei dem Schuldner zur Abholung einfände bezw. die Leistung nicht unmittelbar nach dem Vertragsschluß verlange. Er käme in Verzug schon mit der Tatsache der Leistungsbereitschaft, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung einen zu seinen Gunsten wirkenden Spielraum habe." [163]) Alles dies ist nach der hier vertretenen Theorie durchaus nicht der Fall, denn der Gäubiger kommt durch die von Rosenberg bezeichneten Tatsachen noch nicht in Verzug, weil der Schuldner vorher anbieten muß, wenn ihm dies möglich ist. Und auch dann, wenn ihm dies nicht möglich ist, tritt der Verzug nicht sofort ein, sondern erst in dem Augenblicke, in welchem der Schuldner für gewöhnlich präsentieren würde, und das ist jedesmal Tatfrage. Abgesehen hiervon steht dem Gläubiger ja auch stets der Nachweis offen, daß der Schuldner in Wahrheit nicht erfüllungsbereit war.

§ 13.

ββ) Fälle der objektiven Ungewißheit.

Gesetzt, der Schuldner hat einen geschäftsunfähigen Gläubiger vor sich. Eine Hinterlegungsbefugnis käme hier in Betracht, wenn die Geschäftsunfähigkeit ein Erfüllungshindernis sein sollte. Sie ist

---

[163]) Rosenberg S. 148.

es, wenn zu den Erfüllungshandlungen ein Rechtsgeschäft gehört.[164]) Hier müssen die Beteiligten geschäftsfähig sein, sonst aber nicht. Nur hier ist daher die Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers theoretisch ein Erfüllungshindernis. Es wird allerdings in der Praxis vielfach durch die Tatsachen geebnet. Häufig vereinnahmt der Geschäftsunfähige die Leistung trotz seiner Unfähigkeit. Der Schuldner ist dann „aus dem Gesichtskreis der realen Erledigung des Obligationszweckes" als befreit anzusehen.[165]) Theoretisch ist aber dabei zu verbleiben, daß Erfüllung und Annahme im prägnanten Sinne unmöglich sind. Ein vorsichtiger Schuldner wird daher die Leistung mit Recht verweigern, sollte auch der Gläubiger bereit sein, sie hinzunehmen. Wo von einer Annahme keine Rede sein kann, läßt sich nicht von einem Verzug der Annahme sprechen. Ein solcher wäre nur in der Person des Vertreters des Geschäftsunfähigen möglich.

Damit gewinnen wir für die Abgrenzung der beiden ersten Hinterlegungsgründe des Gesetzes folgenden Maßstab. Bei Abwesenheit, Unbekanntsein und ähnlichen Erfüllungshindernissen ist es der Annahmeverzug, der die Hinterlegungsbefugnis erzeugt. Mit erfüllungshindernder Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers ist dagegen einer jener anderen in der Person des Gläubigers liegenden Hinterlegungsgründe gegeben.[166]) Hier kann ja der Schuldner objektiv seiner Leistung eine Tilgungskraft nicht beilegen.

Ein anderer Fall: Der Gläubiger ist zwar an sich zur Hinnahme der Leistung bereit, kann sich aber über seine Berechtigung nicht gehörig ausweisen.[167]) Der Schuldner hat hier nicht die Gewißheit, den richtigen Gläubiger vor sich zu haben. Auch hier ist also die objektive Befürchtung begründet, daß der Leistungsvollzug nicht erlöschend wirken werde. Auch hier ist eine Annahme im Rechtssinne und damit ein Verzug der Annahme begrifflich ausgeschlossen. Wie im Falle der Geschäftsunfähigkeit ist also der zweite Hinterlegungsgrund einschlägig.

Endlich kann Verfügungsunfähigkeit eine befreiende Annahme objektiv unmöglich machen. Auch hier ist Annahmeverzug aus-

---

[164]) vgl. Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 217 Vorbem. zu § 362; Oertmann, Komm. S. 216ff. Anm. 4 u. 5 zu § 362.

[165]) Oertmann S. 218 Anm. 5b Abs. 4 zu § 362.

[166]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 232 Anm. 2b zu § 372.

[167]) Müller a. a. O. S. 432.

geschlossen, dem an der Erfüllung gehinderten Schuldner aber die Hinterlegungsbefugnis aus dem zweiten Hinterlegungsgrunde gegeben. Solche Verfügungsunfähigkeit liegt z. B. vor, wenn die Forderung des Gläubigers von dritter Seite mit Arrest belegt ist.[168]) Hierhin gehört ferner der Fall, daß Mehrere, ohne Gesamtgläubiger zu sein, eine unteilbare Leistung zu fordern haben. Der Schuldner kann einem einzelnen Gläubiger mit befreiender Wirkung nicht leisten und daher hinterlegen. Das Gleiche gilt, wenn die Forderung mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte belastet ist, weil der Schuldner auch hier einem der Berechtigten allein nicht mit Solutionserfolg leisten kann.[169])

Immerhin ist die Zahl der Hinterlegungsfälle wegen objektiver Ungewißheit des Gläubigers eine beschränkte. In weitaus den meisten Fällen ist es der Annahmeverzug, der das Hinterlegungsrecht erzeugt. Kohler will überhaupt nur zwei Hinterlegungsgründe — Annahmeverzug und subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers — gelten lassen.[170]) So weit möchte ich nicht gehen. Jedenfalls hat aber der Annahmeverzug, der bei der Entwicklung des Hinterlegungsinstitutes die treibende Kraft gewesen ist, seine führende Rolle im Bürgerlichen Gesetzbuch behauptet.

§ 14.

γ) Subjektive Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers.

Wir wenden uns zu dem dritten der Hinterlegungsgründe des Gesetzes: „Der Schuldner kann infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht, oder nicht mit Sicherheit erfüllen“.[171])

Es handelt sich hier um Fälle, in denen der Gläubiger das Seine getan hat, vom Schuldner indessen aus subjektiven Gründen nicht erkannt werden kann. Das Schicksal dieses Hinterlegungs-

[168]) Planck wie oben Anm. 166; Mot. Bd. 2 S. 95 unten; Mühsam a. a. O. S. 28; Müller a. a. O. S. 433.

[169]) vgl. aber auch unten S. 51/52.

[170]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13. S. 192.

[171]) BGB. § 373 Abs. 1 a. E.

grundes in der gemeinrechtlichen Doktrin war ein bewegtes.[172]) Bald anerkannt selbst da, wo die Ungewißheit in einer „übertriebenen Ängstlichkeit" des Schuldners ihre Ursache hatte,[173]) wurde ihm von anderer Seite jede Existenzberechtigung abgesprochen. Ironisch bemerkt in letzterem Sinne Kühne[174]) für den Fall, daß nach erfolgter Zession einer Forderung mehrere Forderungsprätendenten gegen den Schuldner auftreten: „Gerade hier ist es nötig, daß man sich vor jener aequitas hütet, welche dem unglücklichen Schuldner helfen möchte. Die Töne dieser Äquitätssaite vereinigen sich häufig nicht zu einer Harmonie mit den reinen Lauten des Rechts".

Aber die reinen Laute des Rechts können nicht immer die Signale sein, denen das vielgestaltige Leben gehorcht. Das Leben ist nicht für das Recht da, sondern das Recht als ein Kind des Lebens hat diesem zu dienen. Der angeführte Hinterlegungsgrund findet bei einer Abwägung der Parteiinteressen seine volle Rechtfertigung. Er gewährt auch dem Gläubiger einen großen Vorteil: er sichert ihm unter allen Umständen die Leistung. Es ist daher irreführend, wenn Kühne weiter bemerkt: „Es ist nicht schwer, dem unglücklichen Schuldner einen unglücklichen Gläubiger gegenüberzustellen, der trotz des besten Rechtes ohne seine Schuld nicht zu seinem Gelde kommen kann." Die Nachteile, die dem Gläubiger durch die Hinterlegung erwachsen, dürften vielmehr durch die Sicherheit, die er erlangt, als ausgeglichen gelten. Aber auch ohnedies können sie nicht in Ansatz kommen. Der Schuldner, gezwungen, sich für einen mehrerer Forderungsprätendenten zu entscheiden, wäre der Gefahr der Doppelzahlung ausgesetzt.[175])

Handelt es sich um eine Zession, so setzt allerdings die Anzeige des Zedenten den Schuldner für seinen Verkehr mit dem Zessionar in bona fides. Der Schuldner kann also ohne Gefahr an den Zessionar leisten.[176]) Aber nicht immer bietet eine Anzeige sicheren Schutz. Sie kann z. B. von einem der Prätendenten gefälscht sein. Ferner wirkt auch eine nicht durch Anzeige erworbene Kenntnis des Schuldners von der Abtretung in gleicher

[172]) vgl. die bei Müller a. a. O. S. 433 Anm. 51 benannten Schriftsteller.

[173]) Entsch. d. ROHG. Bd. 10 S. 431.

[174]) a. a. O. S. 21 und das. Anm. 1.

[175]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 192.

[176]) BGB. § 409.

Weise wie eine Anzeige: Leistung an den Zedenten in Kenntnis der Zession befreit nicht.[177]) Leistung an einen Erfüllung heischenden Prätendenten muß dem Schuldner mit Rücksicht auf diese Bestimmung also subjektiv schon dann gefährlich erscheinen, wenn er nur Unbestimmtes von einer Abtretung weiß.[178]) Gewiß kann er einem Prätendenten gegenüber, der seine Berechtigung zwingend nachweist oder Kaution stellt, nicht hinterlegen. Aber das macht die Hinterlegungsbefugnis im übrigen nicht entbehrlich, wie Kühne meint.[179]) Gerade darauf kommt es an, dem Schuldner eine Befreiungsmöglichkeit zu gewähren, ohne daß er jenen Beweis des wirklich Berechtigten abzuwarten braucht.

Mit Fug hat daher das Bürgerliche Gesetzbuch der subjektiven Ungewißheit des Schuldners unter den Hinterlegungsgründen einen Platz angewiesen. Allgemein gesprochen handelt es sich hier um einen Schutz des Schuldners gegen die nachteiligen Folgen seiner Unerfahrenheit, sei es nun, daß er die tatsächliche, oder daß er die rechtliche Lagerung des Falles nicht zu durchschauen vermag. In ersterer Beziehung läßt sich z. B. an Namensübereinstimmungen denken, ferner an Zweifel darüber, ob etwa der Gläubiger persönlich oder die seinen Namen tragende Firma berechtigt ist. In rechtlicher Hinsicht dürften außer der bereits besprochenen Zession die durch Firmenwechsel, Fusion, Liquidation und Erbgang hervorgerufenen Verschiebungen in Frage kommen.

Im Interesse des Gläubigers ist andererseits dafür gesorgt, daß nicht schlechthin jede Ungewißheit zur Hinterlegung ruft. Der Schuldner ist entsprechend einer in der Literatur des gemeinen Rechtes schon vielfach erhobenen Forderung zu dem Versuch verpflichtet, die Ungewißheit unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu beheben. Im Streitfalle muß der Schuldner nicht nur seine Zweifel dartun, sondern auch beweisen, daß dieselben trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu klären waren.

Immerhin dient der besprochene Hinterlegungsgrund wie

[177]) BGB. § 407 Abs. 1 a. E.

[178]) Freilich würde nach objektiven Rechtsgrundsätzen Leistung an den bisherigen Gläubiger den Schuldner in diesem Falle befreien. Die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung muß eine sichere sein. Vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 61 Nr. 60 S. 245 ff.

[179]) a. a. O. S. 23.

auch die anderen vorwiegend dem Interesse des Schuldners. Stellenweise tritt aber auch das Interesse des Gläubigers so sehr in den Vordergrund, daß er den Schuldner zur Hinterlegung zwingen kann. So, wenn Mehrere auf eine Auslobung Anspruch erheben. Hier kann es sich der Beurteilung des Auslobenden entziehen, wem die Auslobung gebührt. Er kann also wegen subjektiver Ungewißheit hinterlegen. Er muß es, wenn einer der Prätendenten es verlangt.[180])[181])

§ 15.

b) Die gesetzlichen Anwendungsfälle der Hinterlegung.

Soeben wurde ein Fall erwähnt, in welchem das Gesetz selbst die Schuldhinterlegung anordnet. Das ist mehrfach geschehen.[182]) Es handelt sich stets um Tatbestände, die sich mit den Hinterlegungsgründen des § 372 decken.[183])

Die Fälle der §§ 432, 660, 1077, 1082, 1281, 2039, 2114 und 2116 lassen sich zu einer Gruppe zusammenfassen. In § 432 hat der Schuldner es mit einer Mehrheit von Gläubigern zu tun, die, ohne Gesamtgläubiger zu sein, eine unteilbare Leistung zu fordern haben;[184]) in § 660 wird vorausgesetzt, daß Mehrere aus

[180]) BGB. § 660 Abs. 2.

[181]) Über die Hinterlegung wegen subjektiver Ungewißheit in den Fällen der §§ 432, 1077 und 1281 s. im folgenden Paragraphen der Abhandl.

[182]) BGB. §§ 52, 268, 432, 660, 1077, 1082, 1142, 1171, 1224, 1269, 1281, 2039, 2114, 2116.

[183]) vgl. Hagenauer a. a. O. S. 17—19; Müller a. a. O. S. 436—438.

[184]) Nicht uninteressant ist die in Seufferts Arch. mitgeteilte Entsch. d. OLG. Marienwerder v. 9. 1. 1900 Bd. 55 S. 395: Der Kläger und andere noch unbekannte Personen waren selbständige Gläubiger einer Mehrheit von gleichartigen Forderungen (Obligationen einer Aktiengesellschaft). Beklagter haftete als Bürge für sämtliche Forderungen, deren Gesamtbetrag bekannt war. Soviel der mitgeteilte Tatbestand erkennen läßt, lag ein Gesamtschuldverhältnis vor: der Bürge haftete jedem einzelnen der Gläubiger nicht bloß in Höhe dessen Forderung gegen den Hauptschuldner, sondern zur einmaligen Leistung in Höhe der gesamten Bürgschaftssumme (BGB. § 428). Der klagende Gläubiger konnte also wohl Leistung des Ganzen beanspruchen, klagte aber nicht auf Leistung, sondern auf Hinterlegung der gesamten Bürgschaftssumme. Das erkennende Gericht gab der Klage im Gegensatz zur Vorinstanz statt aus dem Gesichtspunkte, daß dem Schuldner mit der Hinterlegung nicht mehr zugemutet werde als ihm obliege. Ich halte die Entscheidung für bedenklich. (Übereinst. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 808 Anm. 2 a. E.) Ein gesetzliches Recht, Hinterlegung zu verlangen, stand dem Kläger nicht zu.

einer Auslobung Anspruch erheben; in § 1077 hat der Schuldner den Nießbraucher einer Forderung sowie deren Gläubiger — vgl. auch § 1082 —, in § 1281 den Pfandgläubiger und den Gläubiger der verpfändeten Forderung, in § 2039 eine Erbengemeinschaft und endlich in § 2114, 2116 den Vor- und Nacherben vor sich. Das Gesetz spricht an sich hier nur von der Befugnis des einzelnen Berechtigten, die Hinterlegung zu verlangen. Der Hinterlegungsbefugnis des Verpflichteten gedenkt es nicht. Auch diese ist gegeben, und zwar in doppeltem Sinne. Einerseits ist die auf Verlangen eines Berechtigten stattfindende Hinterlegung theoretisch eine Hinterlegung kraft objektiver Ungewißheit über die Person des Gläubigers. Kann doch keiner der Berechtigten wirksam annehmen.[185]) Andererseits können die angezogenen Fälle in dem Schuldner eine entschuldbare subjektive Ungewißheit erzeugen. Er sieht eine Mehrheit von Berechtigten vor sich,[186]) ohne daß ihm unbedingt zugemutet werden kann, über den Umfang der Berechtigung des einzelnen Entscheidung zu treffen.

Eine weitere Gruppe gesetzlicher Hinterlegungsfälle bilden die, in denen ein Abfindungsberechtigter befugt ist, die Befreiung des Gläubigers auch durch Hinterlegung herbeizuführen.[187]) Sie sind im einzelnen bereits besprochen.[188]) Das Gesetz will den Abfindungsberechtigten dem Schuldner gleichstellen. Jener kann also in dem Maße hinterlegen, wie wenn er selbst Schuldner wäre, d. h. es muß einer der Hinterlegungsgründe des § 372 in seiner Person gegeben sein.

Denn, weil eben ein Gesamtschuldverhältnis vorlag, war § 432 BGB. nicht anwendbar. Wohl wäre der Schuldner vielleicht zur Hinterlegung befugt gewesen, denn das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses zu erkennen, kann dem Schuldner nicht immer zugemutet werden. Daß jeder Gläubiger statt Erfüllung Hinterlegung verlangen darf, ist mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Der Kläger konnte nur auf Leistung klagen. — Der Anspruch wäre übrigens auch dann nicht gerechtfertigt gewesen, wenn ein Gesamtschuldverhältnis nicht vorgelegen hätte. Dann nämlich wäre § 432 wegen der Teilbarkeit der Leistung unanwendbar gewesen und der Kläger hätte nur den auf ihn entfallenden Teil der Bürgschaftssumme einklagen können. Der Schuldner wiederum hätte auch in diesem Falle unter Umständen das Ganze wegen subjektiver Ungewißheit hinterlegen können.

[185]) vgl. Müller a. a. O. S. 438; s. auch oben S. 47/48.

[186]) vgl. oben S. 50.

[187]) BGB. §§ 268, 1142, 1150, 1192, 1199, 1223, 1224, 1249.

[188]) s. oben S. 22/23.

Auch die Hinterlegung im Aufgebotsverfahren gegen unbekannte Hypotheken- oder Schiffspfandgläubiger (§§ 1171, 1269 BGB.) kennzeichnet sich als Hinterlegung aus § 372. Meist wird es eine Hinterlegung wegen Annahmeverzuges sein. Hierher gehört ferner der Fall des § 52 BGB.: „Meldet sich — bei der Liquidation eines Vereins — ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen".

Endlich ist die Hinterlegung zu nennen, welche der beklagte Schuldner gemäß § 75 ZPO. zugunsten mehrerer Gläubiger vollzieht, die um das Forderungsrecht streiten. Auch diese Hinterlegung fällt wenigstens gedanklich unter § 372. Ist doch die Tatsache, daß zwei Prätendenten ihre Konkurrenz bis zum Rechtsstreite verschärfen, wohl geeignet, den Schuldner in entschuldbare subjektive Ungewißheit zu versetzen. Freilich kommt es auf den Nachweis des Zweifels nicht weiter an. Müller und Hagenauer nehmen daher an,[189]) daß § 75 ZPO. einen selbständigen Hinterlegungsgrund gewähre, der in dem Tatbestand als solchem liege. Man darf sich diesen Schriftstellern anschließen.

Übersieht man das System der Hinterlegungsgründe, so erkennt man, daß es im weitesten Maße den Forderungen der Billigkeit gerecht wird. Die Billigkeit hat in die Gestaltung des Annahmeverzuges Eingang gefunden, wie sie die Normierung der Abnahmepflicht veranlaßte. Sie war bestimmend dafür, dem Schuldner auch über andere in der Person des Gläubigers liegende Erfüllungshindernisse hinwegzuhelfen, und erweist sich vor allem in der Rücksichtnahme auf subjektive Zweifel lebendig. Das Recht des Schuldners, von seiner Schuld zur rechten Zeit befreit zu werden, ist damit zur vollen Anerkennung gelangt, ohne daß der Rechte und Interessen des Gläubigers vergessen wird.

C. Gegenstand der Hinterlegung.

§ 16.

a) Unmittelbar: Geld, Wertpapiere und andere Schrifturkunden sowie Kostbarkeiten.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Kreis hinterlegungsfähiger Gegenstände, wie bereits ausgeführt wurde, verhältnismäßig eng gezogen. Es sind hinterlegungsfähig

[189]) Müller a. a. O. S. 441; Hagenauer a. a. O. S. 19.

1. Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten (BGB. § 372);
2. der Erlös nicht hinterlegungsfähiger beweglicher Sachen nach vollzogenem Selbsthilfeverkauf (BGB. §§ 383—386);
3. andere bewegliche Sachen, deren Hinterlegbarkeit die Landesgesetzgebung ausgesprochen hat (Art. 145, 146 EG. z. BGB.).[190])

Die hinterlegte Sache muß natürlich das sein und bieten, was der Schuldner bei regulärer Erfüllung zu leisten hätte. Ungenügend ist es z. B., wenn die Leistung nur zu einem Teile hinterlegt wird; denn der Schuldner ist in der Regel auch zur Teilerfüllung nicht berechtigt.[191]) Ausnahmen hiervon begründen entsprechend die Befugnis zur Teilhinterlegung. Teilleistung ist z. B. statthaft, wenn sie vereinbart ist, ferner wenn die Zurückweisung der Teilleistung (etwa bei Geringfügigkeit des rückständigen Teils) gegen Treu und Glauben verstieße oder chikanös wäre.[192]) Stellenweise ist das Prinzip des § 266 BGB. auch gesetzlich durchbrochen: Auf die Wechselschuld ist z. B. jede Teilleistung anzunehmen und auf den Wechsel gutzuschreiben.[193]) [194])

I. Der wichtigste der Hinterlegungsgegenstände ist das Geld. Eine gesetzliche Feststellung des Geldbegriffs fehlt. Seiner Funktion, d. h. im wirtschaftlichen Sinne ist das Geld ein Gut, das als Zahlungsmittel und Wertmesser dient. In rechtlichem Sinne ist zu unterscheiden das mit Zwangskurs versehene Edelmetall- oder Papiergeld (die sogen. Währung) und diejenigen Zahlungsmittel, die, ohne Zwangskurs zu genießen, im Verkehr als solche dienen und anerkannt sind (das sogen. Verkehrsgeld), z. B. ausländisches Edelmetallgeld, Scheidemünze und Banknoten.[195])

Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausdruck Geld lediglich einen Vermögensbestandteil, ein Wertgut im Auge hat, ist sowohl die Währung wie das Verkehrsgeld darunter zu verstehen. Ist aber Geld Gegenstand einer Leistung, so ersetzt das

[190]) Dies ist bis jetzt in keinem der Bundesstaaten geschehen. Für Preußen vgl. § 89 HO.

[191]) BGB. § 266.

[192]) BGB. §§ 242, 226.

[193]) WO. § 38.

[194]) vgl. Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 64.

[195]) Kaufmann S. 21.

Verkehrsgeld die Währung nicht ohne weiteres. Maßgebend ist die Parteivereinbarung, in Ermanglung einer solchen Treu und Glauben im Verein mit der Verkehrssitte. Regelmäßig ist z. B. Zahlung mit ausländischer Währung ausgeschlossen.[196]) Bei kleinen Beträgen hinwiederum ist die Zahlung mit Scheidemünze die allein mögliche. Aus diesem Grunde genießt die Scheidemünze auch einen beschränkten Zwangskurs.[197]) Hinterlegtes Geld geht durchweg in das Eigentum des die Hinterlegungsstelle haltenden Staates über.[198]) Infolgedessen braucht der Staat nur „kassenmäßiges" Geld anzunehmen, d. i. Geld, das seine Kassen in Zahlung zu nehmen verpflichtet sind.

Die preußische Hinterlegungsordnung enthält diesen Grundsatz im § 11. Als Geld sind hiernach hinterlegungsfähig das gesetzliche deutsche Währungs- und Silbergeld[199]) sowie Reichskassenscheine.[200]) Die Banknote der Reichsbank und der übrigen deutschen Notenbanken[201]) genießt weder Privaten noch Staatskassen gegenüber Zwangskurs.[202]) Sie ist juristisch kein Geld, sondern „ein reines unverzinsliches Summenversprechen au porteur".[203]) Nach § 44 der Geschäftsanweisung für die Regierungshauptkassen v. 21. 5. 1887 können indessen Reichsbanknoten unmittelbar als Geld hinterlegt werden.

Die Beschaffung kassenmäßigen Geldes kann von einem Schuldner, der in anderem als kassenmäßigen Gelde erfüllen darf, füglich nicht verlangt werden. In anerkennenswertem Entgegenkommen trägt die preußische Hinterlegungsordnung diesem Falle Rechnung: das nicht kassenmäßige Geld ist von der Hinterlegungsstelle anzunehmen und in kassenmäßiges umzusetzen.[204])

---

[196]) BGB. §§ 244, 245.

[197]) Art. 9 Abs. 1 Münzgesetz v. 9. 7. 1873.

[198]) vgl. EG. z. BGB. Art. 145 u. preuß. HO. § 7.

[199]) Art. 9 Abs. 2 Münzgesetz.

[200]) § 5 Reichsgesetz v. 30. 4. 1874 betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen.

[201]) vgl. §§ 1, 2, 4, 44 Reichsbankgesetz v. 14. 3. 1875 nebst Novellen v. 18. 12. 1889 und v. 7. 6. 1899. Außer der Reichsbank sind heute mit dem Rechte der Notenemission ausgestattet die Sächsische Bank, die Bayerische Notenbank, die Württembergische Notenbank und die Badische Bank; vgl. Obst a. a. O. S. 110ff.

[202]) § 2 Reichsbankgesetz.

[203]) Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 21.

[204]) § 11 HO.

Das zur Hinterlegung gebrachte Geld behält auf diese Weise seine lebendige Kraft. Die Staatskasse ist in der Lage, es nutzbar zu machen. Sie gewährt daher eine Verzinsung. Weiterverzinsung aufgelaufener Zinsen findet nicht statt.[205]) Der Zinsfuß ist durch Kgl. Verordnung[206]) v. 21. 5. 1879 auf $2^1/_2\,\%$ festgesetzt. Die Verzinsung beginnt mit dem ersten Tage des der Hinterlegung nachfolgenden Monates. Sie endet mit dem letzten Tage des der Anzeige betreffend Auszahlung vorhergehenden Monates.[207]) Mit Ablauf von 10 Jahren wird die Verzinsung kraft Gesetzes eingestellt.[208]) Fortdauer oder Wiedereröffnung der Verzinsung kann unter gewissen Voraussetzungen beantragt werden.[209])

Geldmünzen, die zur Tilgung einer sogen. Geldsorten- oder Geldspeziesschuld hinterlegt werden, gehen nicht in das Eigentum des Staates über. Sie gelangen als Kostbarkeiten zur Hinterlegung.[210])

II. Als Wertpapiere sind hinterlegbar „Legitimationspapiere, Orderpapiere, Hypotheken- und Grundschuldbriefe, Konnossemente und ähnliche Urkunden“,[211]) also Wertpapiere in weiterem Sinne.

Von „sonstigen Urkunden“ sind nur Schrifturkunden hinterlegungsfähig.[212]) Die Ausdrucksweise des Gesetzes zwingt zu dieser Einschränkung. Sie faßt Wertpapiere und sonstige Urkunden, d. h. eben Schrifturkunden zusammen.

Derartige Schrifturkunden können so umfangreich sein, daß ihre Aufbewahrung besondere Hinterlegungseinrichtungen erfordert. Man denke z. B. an Geschäftsbücher,[213]) Akten, Pläne und Ähnliches. Hierdurch wird verständlich, daß in Preußen für ihre Hinterlegung die Amtsgerichte zuständig sind.[214]) Gerichte sind ja zur Aufbewahrung umfangreicher Urkunden besonders geeignet. Werden

[205]) §§ 9 u. 10 Abs. 1 u. 3 HO.

[206]) GesS. 1879 S. 383.

[207]) § 10 Abs. 2 HO.

[208]) § 53 HO.

[209]) §§ 54, 55 HO.

[210]) § 36 Abs. 2 HO.

[211]) Prot. Bd. 1 S. 344 unten.

[212]) vgl. Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 239 Anm. 4 zu § 372.

[213]) Betreffend die Aufbewahrung der Bücher und Papiere einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, Kommandit- oder Aktiengesellschaft vgl. §§ 157 Abs. 2, 161 Abs. 2 u. 302 Abs. 2 HGB.

[214]) §§ 1, 87 HO.

Akten und ähnliche Urkundensammlungen hinterlegt, so bildet nicht das Aktenstück als ganzes, sondern jede einzelne Urkunde den Gegenstand der Hinterlegung. Die Urkunden müssen daher einzeln bezeichnet werden.[215])

III. Hinterlegungsfähige Kostbarkeiten sind mit Kuhlenbeck[216]): „Gegenstände, welche entweder aus einem im Verhältnis zu ihrer Masse wertvollen Material bestehen (Gold, Edelsteine) oder einen besonderen Kunstwert besitzen und dabei im Verhältnis zu ihrem Werte einen kleinen Rauminhalt haben, auch durch bloße Aufbewahrung an diesem Werte keine Einbuße erleiden". Mit Recht reiht Mühsam[217]) dieser Definition solche Gegenstände an, „die, wenn auch stofflich nicht kostbar, so doch wegen ihrer Bestimmung als kostbar zu bezeichnen sind". Man denke z. B. an Patentmodelle, Proben wertvoller Präparate und ähnliches. Halten sich derartige Gegenstände in den erforderlichen Maßen, so steht nichts im Wege, sie als hinterlegungsfähige Kostbarkeiten anzusehen. Auch Münzen und Wertzeichen (z. B. Briefmarken) können als Kostbarkeiten hinterlegt werden.[218])

§ 17.

b) Mittelbar: Gewinnung im Wege des Selbsthilfeverkaufs.

Nicht hinterlegungsfähige bewegliche Gegenstände lassen sich, wie wir bereits wissen, durch den Selbsthilfeverkauf in hinterlegungsfähiges Geld umsetzen. Der Selbsthilfeverkauf ist ein Verkauf der Schuldsache „für Rechnung und Gefahr des Gläubigers, aber im Auftrage des Schuldners".[219]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Verfahren bei dem Selbsthilfeverkauf im Interesse des Gläubigers so gestaltet, daß ein möglichst günstiges Verkaufsergebnis gesichert ist.

Schlechthin ist der Verkauf nur zulässig, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.[220]) Im übrigen bedarf er eines be-

---

[215]) Kuhlenbeck Komm. S. 297 Anm. II zu § 372.
[216]) Von den Pand. z. BGB. Teil 2 S. 187 Anm. 1.
[217]) Mühsam a. a. O. S. 46.
[218]) § 36 Abs. 2 HO.
[219]) Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 250 Anm. 4 II zu § 383.
[220]) § 383 Abs. 1 BGB.

sonderen Rechtfertigungsgrundes. Als solchen beruft das Gesetz im Interesse des Gläubigers den Umstand, daß der Verderb der Sache droht, im Interesse des Schuldners den, daß die Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursacht.[221]) In allen Fällen ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger den beabsichtigten Verkauf anzudrohen.[222]) Der Gläubiger soll imstande sein, die seiner wartenden Nachteile abzuwenden. Die Androhung ist, wie ihr Zweck ergibt, eine einseitige, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärung, deren Tätigung der Schuldner im Streitfalle zu beweisen hat. Sie kann unausführbar sein. Sie ausnahmslos zu verlangen, würde also in vielen Fällen die Hinterlegung in Frage stellen. Das Gesetz trägt dem Rechnung. Es erläßt dem Schuldner die Androhung, wenn sie „untunlich" ist,[223]) d. h. „wenn sie nach Lage des Falles, Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte dem Schuldner nicht zugemutet werden kann".[224]) Aus natürlichen Gründen darf sie auch dann unterbleiben, wenn sie dem Gläubiger nur schaden kann, wenn nämlich die Sache dem Verderb ausgesetzt oder mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.[225]) Die Beweislast trifft auch hier den Schuldner.

Das ungehörige Unterlassen der Androhung macht die Versteigerung und die nachfolgende Hinterlegung unrechtmäßig.[226]) In diesem Punkte unterscheidet sich die Androhung von der Benachrichtigung, zu der der Schuldner nach der Versteigerung gehalten ist.[227]) Auch sie darf im Falle der Untunlichkeit unterbleiben. Ihr pflichtwidriges Unterlassen löst aber nur eine Schadensersatzpflicht, nicht die Unrechtmäßigkeit der Versteigerung aus.

Für den Selbsthilfeverkauf sind zwei Formen vorgesehen, öffentliche Versteigerung und freihändiger Verkauf.[228])

Eine ordnungsmäßige öffentliche Versteigerung setzt voraus, daß Zeit und Ort derselben eine angemessene Zeit vorher bekannt-

---

[221]) § 383 Abs. 2 BGB.
[222]) § 384 Abs. 1 BGB.
[223]) § 384 Abs. 3 BGB.
[224]) Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 241 Anm. 4 a β zu § 241.
[225]) § 384 Abs. 1 BGB.
[226]) Planck, Komm. S. 248 Anm. 1 zu § 384.
[227]) § 384 Abs. 2 BGB.
[228]) §§ 383 Abs. 3, 385 BGB.

gemacht werden, ferner daß sie öffentlich und durch bestimmte öffentliche Personen erfolgt.[229])

Solche Personen sind reichsrechtlich die für den Versteigerungsort zuständigen Gerichtsvollzieher, nach Landesstaatsrecht event. auch andere Beamte oder öffentlich angestellte Versteigerer.[230]) In Preußen sind die Notare neben den Gerichtsvollziehern zur Vornahme der Versteigerung berufen.[231])

Das Gewerbe der Auktionatoren darf frei betrieben werden. Die Auktionatoren bedürfen jedoch einer Beeidigung und öffentlichen Anstellung durch die verfassungsmäßig dazu befugten Behörden.[232]) In Preußen erfolgt eine Beeidigung und öffentliche Anstellung von Versteigerern nur nach Maßgabe des Bedürfnisses, und zwar durch den Regierungspräsidenten nach Anhörung des Landrats, in Stadtkreisen der Ortspolizeibehörde, und nach einer Prüfung des Anzustellenden.[233]) Im Oberlandesgerichtsbezirk Köln, in Ostfriesland und Harlingerland sowie im Regierungsbezirk Osnabrück findet die von § 36 GewO. vorgesehene Beeidigung und öffentliche Anstellung von Versteigerern nicht statt.[234]) Im Oberlandesgerichtsbezirk Köln ist nämlich hierfür mit Rücksicht auf die weite Verbreitung des Notariats ein Bedürfnis nicht angenommen worden. In den anderen der erwähnten Gebiete ist die Anstellung von beeidigten Auktionatoren auf Grund Art. 126 preuß. FGG. besonders geregelt.[235]) [236])

Ort der Versteigerung ist regelmäßig der Leistungsort. Ist hier ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist ein geeigneter anderer Ort zu suchen,[237]) was der Schuldner im Streitfalle rechtfertigen muß.

---

[229]) § 383 Abs. 3 BGB.

[230]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 246 Anm. 2 zu § 383; Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 309 Anm. 4 zu § 383.

[231]) vgl. § 31 preuß. FGG. v. 21. 9. 1899, GesS. S. 249.

[232]) § 36 GewO.

[233]) Nr. 62 (61) der Vorschriften über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen sowie über den Geschäftsbetrieb der Versteigerer v. 10. 7. 1902, MBl. des Handels und Gewerbes für 1902 S. 270.

[234]) Nr. 61 der erwähnten Vorschriften über den Umfang usw.

[235]) vgl. Nr. 1, 8, 9 der Vorschriften für die beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland und Harlingerland sowie im Regierungsbezirk Osnabrück v. 19. 7. 1902.

[236]) vgl. zu vorstehendem Hoffmann a. a. O. S. 106 Anm. 2.

[237]) § 383 Abs. 2 BGB.

Freihändiger Verkauf kann stattfinden, wenn die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat.[238]) Er ist zum „laufenden Preise“ zu bewirken. Hier hat die Sache einen bestimmten Verkehrswert, so daß sie die Erzielung eines möglichst günstigen Verkaufsergebnisses in sich selbst gewährleistet. Bekanntmachung und Öffentlichkeit des Verkaufs fallen fort. Dagegen ist Androhung und Benachrichtigung erforderlich.[239]) Die Person, die den Verkauf zu bewirken hat, steht auch hier über den Parteien. Die in Betracht kommenden Personen sind dieselben wie bei der Versteigerung. Außerdem können die Handelsmäkler durch Landesgesetz zu solchen Verkäufen ermächtigt werden.[240]) Preußen hat die Handelskammern befugt, den Handelsmäklern die erforderliche öffentliche Ermächtigung zu erteilen.[241]) Reichsrechtlich sind die Kursmäkler mit dieser Ermächtigung ausgestattet.[242]) Von dem Orte des freihändigen Verkaufs gilt das gleiche wie bei der öffentlichen Versteigerung.[243])

Die Kosten des Selbsthilfeverkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern der Schuldner den Erlös wirklich hinterlegt.[244]) Das Gleiche muß gelten, wenn der Gläubiger den Erlös annimmt, ehe der Schuldner hinterlegen kann. Die Regelung der Kostenfrage ist der Erwägung angemessen, daß die Umständlichkeit des Verfahrens, welche die Kosten verursacht, dem Interesse des Gläubigers dient.

Das Maß der verbindlichen Kraft, welche den besprochenen Vorschriften innewohnt, ergibt sich aus ihrem Zweck. Sie sollen dem Verkauf ein günstiges Resultat sichern. Es kann also nicht dem Belieben des Schuldners überlassen bleiben, sie einzuhalten. Sie sind zwingendes Recht: Nichteinhaltung macht den Verkauf und die nachfolgende Hinterlegung unwirksam.[245]) Das muß auch von einer Versteigerung am unrechten Orte gelten. Oertmann[246]) tritt zwar für eine analoge Anwendung der §§ 274 Abs. 1, 1236,

[238]) § 385 BGB.

[239]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 310 Anm. 1 zu § 385.

[240]) Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 252 Anm. 3 zu § 385.

[241]) Art. 13 preuß. AG. z. BGB.

[242]) § 34 Abs. 2 BörsG. v. 22. 6. 1896 in der Fassung gemäß Art. 14, I EG. z. HGB.

[243]) § 383 Abs. 2 BGB.

[244]) § 386 BGB.

[245]) Abgesehen von der bereits erwähnten Ausnahme des § 384 Abs. 2 BGB.

[246]) Komm. Erl. 3 zu § 383.

1243 BGB. ein, wonach nur Schadensersatzpflicht des Schuldners die Folge wäre. M. E. kommt das Gesetz dem Schuldner bereits so weit entgegen, daß jede andere Erleichterung, wenn sie das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, unangemessen ist,[247]) zumal das Ergebnis des Verkaufs ganz besonders von dem Verkaufsorte abhängt. Auch Kuhlenbeck, der früher der Oertmannschen Ansicht huldigte, hat seine Meinung jetzt berichtigt.[248])

Nicht ganz einfach ist die Frage, welche rechtliche Bedeutung dem Erlöse zukommt. Der Schuldner steht nach dem Verkauf dem Gläubiger nicht mehr mit der Sache, sondern mit einer Geldsumme gegenüber. Darf der Schuldner aufrechnen? Nein. Der ganze Akt, Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung, ist ein einheitlicher; es handelt sich um Befreiung des Schuldners von einer Sachschuld mit nicht hinterlegungsfähigem Gegenstande, nicht um Befreiung von einer Geldschuld. Der Schuldner wird durch den Verkauf nicht Schuldner einer Geldschuld, sondern es bleibt das anfängliche Schuldverhältnis maßgebend. Dieses ist es, welches durch die Hinterlegung erlischt.[249]) Abgesehen davon spräche es jeder Billigkeit Hohn, den Gläubiger, der um die Schuldsache kommt, auch deren Erlös nur rechnerisch zugute kommen zu lassen.[250])

Das Schicksal des Erlöses kann ein dreifaches sein: der Gläubiger nimmt ihn an, der Schuldner hinterlegt, oder endlich der Schuldner behält ihn. Nimmt der Gläubiger den Erlös an, so erlischt das Schuldverhältnis ohne weiteres. Wird der Erlös hinterlegt, so treten die regulären Wirkungen der Erfüllungshinterlegung ein.

Ist der Schuldner zur Hinterlegung des Erlöses verpflichtet? Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis durch den Selbsthilfeverkauf keine rechtliche Änderung erfährt. Daraus folgt: Jedenfalls kann der Schuldner den Erlös hinterlegen. Fällt aber das Erfüllungshindernis weg und verlangt der Gläubiger Leistung, ehe der Schuldner hinterlegen konnte, so würde eine jetzt noch erfolgende Hinterlegung

---

[247]) vgl. Planck, Komm. Bd. 2 S. 247 Anm. 3 zu § 383.

[248]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 308/09 Anm. 3 u. 7 zu § 383.

[249]) A. M. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 239.

[250]) Kaufmann a. a. O. Bd. 2 Anm. 4 IV, 2 c zu § 383. A. M. das RG. Bd. 64 S. 366 ff., welches dem oben ausgesprochenen Gedanken nicht Rechnung trägt. A. M. auch Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 240 oben.

chikanös sein. Der Schuldner muß jetzt also den Erlös unmittelbar an den Gläubiger abführen. Er kann jedoch statt dessen auch den ursprünglichen Leistungsgegenstand zur Lieferung bringen. Hat z. B. der Verkauf ein überraschend günstiges Ergebnis gehabt, so braucht der Schuldner dies nicht dem Gläubiger zugute kommen zu lassen, wenn er jenen mit einer neuen Sache zu befriedigen bereit ist. Mit Rücksicht hierauf wird man auch dem Gläubiger eine Befugnis zu einseitiger Aufrechnung gegenüber dem nicht hinterlegten Erlös nur dann zuerkennen dürfen, wenn nach Lage der Sache eine Leistung der ursprünglichen Schuldsache nicht mehr in Frage kommen kann.

Dauert das Erfüllungshindernis fort, so trägt die Nichthinterlegung des Erlöses dem Gläubiger unmittelbar keinen Schaden ein, den das Recht zu berücksichtigen hätte. Zwar verliert der Gläubiger die Zinsen, welche die Hinterlegungsstelle gewährt haben würde; aber auch bei der unmittelbaren Hinterlegung hängt dieser Zinsgewinn von dem Belieben des Schuldners ab. Andererseits würde der Gläubiger aber nicht genügend gegen eine spätere Insolvenz des Schuldners geschützt sein, dürfte dieser den Erlös behalten. Auch ließe sich die Aufrechnung dem Schuldner nicht verbieten. Die aber wäre, wie war sahen, eine unerträgliche Härte gegen den Gläubiger. Man muß demnach Beer und Hagenauer[251]) gegen Planck[252]) Recht geben, wenn sie die Wirksamkeit des Verkaufs von der unverzüglichen Hinterlegung des Erlöses abhängig machen. Das Gleiche ergibt der Wortlaut des Gesetzes: der Schuldner kann nur „versteigern lassen und den Erlös hinterlegen", nicht aber lediglich versteigern lassen. Der Schuldner ist also in dem Sinne zur Hinterlegung des Erlöses verpflichtet, daß er im Falle der Nichthinterlegung zur Sachleistung verhaftet bleibt. Anders allerdings im Handelsrecht. Hier ist die Versteigerung als solche wirksam.[253])

---

[251]) Beer a. a. O. S. 15 unten bis S. 17 Mitte; Hagenauer a. a. O. S. 37 unten bis mit S. 38.

[252]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 246 Anm. 1 zu § 383: „Eine Frist ist für die Hinterlegung des Erlöses nicht bestimmt".

[253]) § 373 Abs. 2 HGB.

§ 18.

D. Zeitpunkt der Hinterlegung und Hinterlegung mit Vorbehalt.

Zeitliche Begrenzungen setzt das Bürgerliche Gesetzbuch der Hinterlegung nicht. Der Schuldner kann also zur Ausführung der Hinterlegung schreiten, sobald er die Hinterlegungsbefugnis erlangt hat. Der Erwerb der Hinterlegungsbefugnis kann, wenn anders die Hinterlegung eine Ersatzerfüllung sein soll, wiederum nur an den Zeitpunkt geknüpft sein, der für die Erfüllung selbst gilt.[254])

Die Hinterlegungsbefugnis besteht so lange, als der Hinterlegungsgrund fortdauert. Der Schuldner ist also nicht genötigt, unverzüglich von ihr Gebrauch zu machen. Hinterlegt er aber, so muß er mit einer einzigen Ausnahme vorbehaltlos hinterlegen. Ist er nämlich nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, „so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfang der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen".[255]) Dieses Vorbehaltsrecht hat nicht in dem Hinterlegungsrechte als solchem seine Quelle. Es ist Erscheinungsform eines Weigerungsrechtes, das dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zusteht, d. h. eines Rechtes, die Erfüllung zu verweigern. Ein solches genießt z. B. der Schuldner, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes aufzukommen hat, solange ihm nicht Abtretung des stellvertretenden Commodums geboten wird.[256]) Allgemein darf der Schuldner die geschuldete Leistung verweigern, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis einen fälligen Gegenanspruch hat;[257]) beim gegenseitigen Vertrage in der Regel allerdings nur dann, wenn er nicht vorzuleisten verpflichtet ist.[258]) Wer die Herausgabe eines Gegenstandes schuldet, hat ein Weigerungsrecht wegen fälliger Ersatzansprüche für Verwendungen auf den Gegenstand oder für Schäden, die dieser verursacht hat.[259]) In allen diesen Fällen sichert das Einbehalten der Leistung dem Schuldner

[254]) § 271 BGB.

[255]) § 373 BGB.

[256]) § 255 BGB.

[257]) § 273 Abs. 1 BGB.; solche Gegenansprüche sind z. B. der auf Erteilung einer Quittung (§ 368), Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) oder Ersatz von Aufwendungen (§ 670).

[258]) §§ 320, 321 BGB.

[259]) § 273 Abs. 2 BGB.

die Leistung, auf die er selbst ein Recht hat. Mit einer vorbehaltlosen Hinterlegung würde er diese Sicherheit aus der Hand geben.[260])

Vorbehalte oder Bedingungen anderer Art sind, wie bemerkt, unzulässig. Sie würden die Hinterlegung dem Gläubiger gegenüber unwirksam machen, sofern er sich nicht mit ihr einverstanden erklärt.

Ist das Schuldverhältnis als solches bedingt, so kann es dem Schuldner allerdings nicht zugemutet werden, dem Gläubiger ein absolutes Recht auf das Hinterlegte einzuräumen. Übrigens ist eine als Erfüllung wirkende Hinterlegung nur bei resolutiver Bedingtheit des Gläubigerrechtes denkbar. Bei der suspensiven macht nämlich erst der Eintritt der Bedingung den Anspruch des Gläubigers wirksam.[261]) Zur Zeit der Bedingtheit kann also hier von einem Erfüllungshindernis und einer Erfüllungshinterlegung keine Rede sein.

Eines Vorbehaltes bedarf es bei der Hinterlegung einer resolutiv bedingten Schuld nicht. Das von dem Gläubiger erworbene Recht auf das Hinterlegte entfällt mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung ipso iure.[262])

§ 19.

2. Sollvoraussetzungen der Hinterlegung.

Die bisher zur Darstellung gebrachten Voraussetzungen der Hinterlegung sind notwendige. Alle Vorschriften also, welche die Person des Hinterlegenden, die Hinterlegungsstelle, den Rechtsgrund, Gegenstand und die Unbedingtheit der Hinterlegung betreffen, müssen von dem Schuldner beobachtet werden, wenn seine Hinterlegung wirksam sein soll. Hier ist der Gedanke maßgebend, der auch den Zwangscharakter der Normen über den Selbsthilfeverkauf begründet. Erlaubt das Gesetz dem Schuldner, über den Gläubiger hinwegzugehen, so muß dies wenigstens auf einem in allen Stücken eingewiesenen und kontrollierbaren Wege geschehen. Eine nicht rechtmäßige Hinterlegung braucht der Gläubiger also nicht gegen sich gelten zu lassen. Es steht ihm aber frei, sie dennoch zu billigen und das Hinterlegte anzunehmen. Das Schuldverhältnis erlischt dann jedoch nicht durch das Erfüllungssurrogat der Hinter-

[260]) Näheres s. unten S. 154ff.
[261]) § 158 Abs. 1 BGB.
[262]) § 158 Abs. 2 BGB.

legung, sondern durch Annahme (eines Vermögensrechtes) an Erfüllungsstatt.

Neben den Mußbestimmungen der geschilderten Art finden sich im Hinterlegungsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch Vorschriften anderer Natur. Sie betreffen den Hinterlegungsort und die Benachrichtigung des Gläubigers von dem Hinterlegungsvollzug.[263]) Die Verletzung dieser Vorschriften ist lediglich geeignet, die Kosten der Hinterlegung zu erhöhen: die Hinterlegung an unrechtem Orte kann Versendungskosten verursachen; die Unterlassung der Benachrichtigung kann dem Gläubiger die Nutzung der hinterlegten Sache über das notwendige Maß hinaus entziehen. Es wäre unbillig, den Schuldner die Verletzung auch hier mit Unwirksamkeit der Hinterlegung büßen zu lassen. Dem Interesse des Gläubigers ist dadurch Genüge geleistet, daß der Schuldner für einen etwa entstehenden Schaden ersatzpflichtig gemacht ist.

Im einzelnen gilt über den Hinterlegungsort folgendes. Unter dem Leistungsorte des § 374, nach dem sich der Hinterlegungsort bestimmt, ist der Erfüllungs- bezw. Bestimmungsort zu verstehen, wie er sich aus §§ 269, 270 ergibt.[264]) Hiernach ist geschuldetes Geld dem Gläubiger an seinem Wohnsitz oder dem Ort seiner Niederlassung zu übermitteln (Bringschuld). An den gleichen Orten ist es zu hinterlegen. Dies findet auf den Erlös aus vollzogenem Selbsthilfeverkauf keine Anwendung; denn die ursprüngliche Sachschuld wird nicht zur Geld-, also auch nicht zur Bringschuld. Die Gefahr einer etwa notwendigen Versendung trägt hier nicht der Schuldner, wie sonst in der Regel bei der Geldversendung, sondern der Gläubiger,[265]) es sei denn, daß sowieso eine Bringschuld vorlag.

Über die am Leistungsorte bezw. von diesen aus zu wählende Hinterlegungsstelle entscheidet das Landesrecht. Die Zuständigkeitsfrage ist eine doppelte. Für Preußen ergibt sich die sachliche Zuständigkeit aus §§ 1 ff., 70 ff. u. 87 HO. Über die örtliche gewährt die Verordnung v. 31. 7. 1879[266]) [267]) Aufschluß, welche die

[263]) § 374 BGB.

[264]) s. hierüber Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 276; Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 241 Anm. 2aα zu § 374.

[265]) vgl. § 270 Abs. 1 BGB.

[266]) GesS. S. 1879 S. 249.

[267]) vgl. Bartels a. a. O. S. 6 Anm. 1 zu § 3 HO.

nach Gerichtsbezirken abgegrenzten Bezirke der Hinterlegungsstellen[268]) genau angibt. Ist sachlich das Amtsgericht berufen, so ist das Amtsgericht des Bezirks, in welchem der Leistungsort liegt, das örtlich zuständige.

Die andere der beiden Sollvorschriften des § 374 macht dem Schuldner die Benachrichtigung des Gläubigers von dem Hinterlegungsvollzug zur Pflicht. Die Benachrichtigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige, aber formlose Willenserklärung, welche dem Gläubiger zugehen muß, um wirksam zu sein. Daß sie nur Zweck haben kann, wenn sie sofort geschieht, ist einleuchtend. Das Gesetz verpflichtet daher den Schuldner, „unverzüglich" anzuzeigen. Doch erfährt die Anzeigepflicht eine billige Einschränkung; sie wird dem Schuldner abgenommen, wenn die Anzeige untunlich ist.

II. Wirkungen der rechtmäßigen Hinterlegung.

1. Das Hinterlegungsverhältnis (Rechtsverhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle einerseits und den am Schuldverhältnis Beteiligten andererseits).

A. Rechtssphäre des Hinterlegungsverhältnisses für Preußen: es gehört zur Sphäre der privatrechtlichen Verhältnisse.

a) Vorbemerkungen.

§ 20.

α) **Fragestellung.**

Das Bürgerliche Gesetzbuch befaßt sich in der Hauptsache mit den schuldtilgenden Wirkungen der Hinterlegung. Dieselben wurzeln materiell in den Beziehungen, in welche die Beteiligten zur Hinterlegungsstelle treten. In diesem Sinne weist man den Wirkungen der Hinterlegung ein dreifaches Gebiet zu:

1. die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle;
2. die Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle;
3. die Veränderungen, die das Schuldverhältnis erleidet.

[268]) § 3 HO.

Die Beziehungen der Beteiligten zur Hinterlegungsstelle entströmen einem einheitlichen Verhältnisse, dem sogen. Hinterlegungsverhältnisse. Es wird durch die Hinterlegung zwischen Hinterlegungsstelle einerseits, Gläubiger und Schuldner andererseits begründet. Es äußert zweierlei Wirkungen, obligatorische und dingliche.

Vorab löst die Beteiligung des Staates die Frage aus, ob ein privatrechtliches oder publizistisches Rechtsverhältnis vorliegt. An sich ist beides möglich. „Die Eigenschaft des beteiligten Rechtssubjektes als eines einzelnen oder des Staates“ [269]) bildet kein Kriterium für die Grenzlinie zwischen privaten und publizistischen Rechtsverhältnissen. Auch der Staat kann Rechtssubjekt im Sinne des Privatrechtes sein und als solches auftreten. Ebensowenig ist zur Entscheidung die Tatsache verwertbar, daß die Bundesstaaten das Hinterlegungsverfahren im Wege der Gesetzgebung geregelt haben. Eine solche Regelung war notwendig und konnte, wenn anders die Hinterlegungsstelle eine öffentliche sein sollte, nur im Wege der Gesetzgebung erfolgen. Wohl kann das Verfahren selbst, für welches sich die Landesgesetzgebung entschlossen hat, Rückschlüsse an die Hand geben.

Die entrollte Frage ist nicht nur wissenschaftlich, sondern auch praktisch von Bedeutung. Dies soll sogleich gezeigt werden

§ 21.

β) Die praktische Bedeutung der Frage nach der Rechtssphäre des Hinterlegungsverhältnisses.

Grundsätzlich sind Ansprüche aus privatrechtlichen Verhältnissen auf dem sogen. Rechtswege, d. h. mittels Klageerhebung vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen. Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen sind dagegen auf dem Verwaltungswege geltend zu machen.

Die Notwendigkeit einer Interessenverfolgung gegenüber der Hinterlegungsstelle kann sich vorwiegend in zwei Fällen ergeben. Einmal, wenn die Hinterlegungsstelle die Annahme der Sache, deren Hinterlegung begehrt wird, verweigert.[270]) Ferner und vor allem,

[269]) Wach a. a. O. S. 92.

[270]) Es begründet z. B. nach ihrer Ansicht die Erklärung des Schuldners

wenn der Empfangsberechtigte sein Begehren um Auszahlung oder Herausgabe abgewiesen sieht. Nach dem eingangs angeführten Grundsatze würde ihm der Klageweg nur offenstehen, wenn sich sein Anspruch aus einem privaten Rechtsverhältnisse herleitete. Anderenfalls wäre er auf den Verwaltungsweg, vorliegend auf Beschwerde bei der vorgesetzten Behörde, dem Finanzminister,[271]) angewiesen.[272])

Den Grundsatz, daß öffentlichrechtliche Ansprüche regelmäßig[273]) vor den Verwaltungsbehörden, soweit Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt sind, vor diesen geltend zu machen sind, gewinnt man auf folgendem Wege.

Ausgangspunkt ist § 13 GVG. v. 27. 1. 1877/20. 5. 1898: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind". Zutreffend bemerkt Wach[274]) zu dieser Bestimmung: „Man hat gemeint, es beschränke das Wort bürgerlich den allgemeinen Begriff der Rechtsstreitigkeit auf die Privatsachen, d. h. den Streit um Privatrecht, den nach objektivem Privatrecht zu entscheidenden Streit. Diese Auslegung würde einen materiellen reichsrechtlichen oder doch landesrechtlichen Begriff des Privatrechtes fordern. Nur die unter ihn fallende, nicht die publizistisch geartete wäre Zivilprozeßsache".

Kopf[274a]) behauptet, daß § 13 GVG. überhaupt nichts über

einen Hinterlegungsanspruch nicht (vgl. §§ 14, 20 HO.; Anm. 1 zu § 20 HO. bei Bartels a. a. O.) oder sie spricht dem betreffenden Objekte die Hinterlegungsfähigkeit ab.

[271]) vgl. § 4 HO.

[272]) Der Beschluß, durch welchen ein Amtsgericht in seiner Eigenschaft als Hinterlegungsstelle den Herausgabeantrag ablehnt, unterliegt der Anfechtung im Wege der Beschwerde beim übergeordneten Landgerichte (§ 3 FGG.).

[273]) Es sei denn, daß die Zulässigkeit des Rechts-, besser Zivilprozeßweges ausdrücklich gesetzlich statuiert ist. Reichs- und Landesrecht haben bestimmte Rechtssachen dem Rechts- oder Verwaltungswege zugewiesen, ohne hierbei die Scheidung zwischen Privat- und öffentlicher Rechtssache immer einzuhalten. So darf z. B. wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden (§ 9 GVG.; vgl. Wach a. a. O. S. 111/12, insbesondere Anm. 84, 85).

[274]) Wach S. 79.

[274a]) Kopf a. a. O. S. 12.

die Zuständigkeit der Gerichte in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten enthalte.

Zu Unrecht. Der Inhalt der Bestimmung ist mit Wach[275]) dahin zu charakterisieren, daß die Aufrechterhaltung des einschlägigen Reichs- und Landesrechtes angeordnet wird: „Alle nach Reichs- oder Landesrecht als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, d. h. als nach Recht und Gesetz von den Zivilgerichten abzuurteilenden außerstrafrechtlichen Streitigkeiten der Bürger, einzelner im Staate, anzusehenden Sachen gehören vor die ordentlichen Gerichte, soweit sie nicht nach Reichs- oder Landesrecht den Verwaltungsinstanzen überwiesen sind. Sie gehören also vor die Zivilgerichte, gleichviel ob sie privatrechtlich oder publizistisch sind".

Preußen hat den Gedanken „das Privatrechtliche dem Zivilgericht, das Öffentlichrechtliche der Verwaltungsinstanz" zu einem leitenden seiner staatsrechtlichen Gesetzgebung gemacht. Schon in dem Ressortreglement König Friedrich II. v. 19. 6. 1779 findet man ihn ausgesprochen.[276]) Auch die übrigen Landesrechte Deutschlands folgen diesem Grundsatze.[277]) Er ist daher als eine allgemeingültige, deutschstaatsrechtliche Maxime anzusehen, eine Maxime, die in § 13 GVG. indirekt reichsgesetzliche Anerkennung gefunden hat[278]) und negativ auch in § 4 EG. z. ZPO. Ausdruck findet.[279])

Von den einschlägigen Normen des preuß. Rechtes ist noch die Verordnung v. 26. 12. 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden zu erwähnen.[280])[281]) Nach § 34 dieser Verordnung „ist der Fiskus bei demjenigen Gerichte zu klagen oder sich einzulassen verbunden, vor welches die Sache gehören würde, wenn sie bloß zwischen Privatpersonen schwebte". § 41 besagt: „Gegen Verfügungen der Regierungen, welche sie in

---

[275]) Wach S. 79/80.

[276]) vgl. Wach S. 83.

[277]) Wach S. 84—86.

[278]) Wach S. 86.

[279]) § 4 EG. z. ZPO.: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden".

[280]) vgl. GesS. f. d. Kgl. Preuß. Staaten von Keil-Gallenkamp Bd. 1 S. 125.

[281]) vgl. Wach S. 84 Anm. 8.

ihrer Eigenschaft als Finanzbehörden erlassen, sich mithin auf die Vermögensverwaltung des Fiskus beziehen, ist einem jeden, der seine Rechte dadurch gekränkt glaubt, der Weg des Rechtes unbenommen, insofern der Fall nicht zu den §§ 35 u. 36 gemachten Ausnahmen gehört". Die §§ 35 u. 36 sprechen aus, daß der Rechtsweg ausgeschlossen bleibt in „Angelegenheiten des Regierungsressorts", insbesondere über „wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte", gegen „allgemeine, in Gegenständen der Regierungsverwaltung ergangene Verordnungen" sowie über „die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Anlagen und Abgaben".

Wir schreiten zur Anwendung des zur Darstellung gebrachten Grundsatzes auf Streitigkeiten aus dem Hinterlegungsverhältnisse. Es ergibt sich zunächst die Frage, ob ausdrückliche Bestimmungen des Landesrechtes zur Zuständigkeitsfrage vorliegen. Einzelne Bundesstaaten sind in diesem Sinne vorgegangen. So besagt Art. 158 Württemberg. AG. z. BGB. v. 28. 7. 1899: „Für die Verfolgung des Anspruchs auf Herausgabe eines Hinterlegungsgegenstandes steht der ordentliche Rechtsweg gegen den Fiskus offen". Umgekehrt schließt § 16 der Hessischen Verordnung die Hinterlegung betr. v. 19. 8. 1889 den Rechtsweg aus.

In der preuß. Hinterlegungsordnung findet sich eine positive Regelung nicht. Es ist demnach das allgemeine Grundprinzip, das für öffentlichrechtliche Streitigkeiten den Rechtsweg ausschließt, zur Anwendung zu bringen. M. a. W. das Hinterlegungsverhältnis ist daraufhin zu prüfen, ob es der Sphäre der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Verhältnisse zuzuweisen ist.

γ) Erkenntnisquellen.

§ 22.

αα) Im allgemeinen.

Die Merkmale, welche die Privatrechtssache von der publizistischen scheiden, entziehen sich einer Festlegung durch die Gesetzesgebung. Die Erkenntnisquelle ist die Wissenschaft. Sie gibt die Unterscheidungskriterien an die Hand, an welchen sodann der Inhalt des Hinterlegungsverhältnisses zu messen ist. Seinen Inhalt wiederum empfängt das Hinterlegungsverhältnis von den einschlägigen Gesetzen, nämlich dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den

jeweiligen Hinterlegungsgesetzen, in Preußen der Hinterlegungsordnung. In diesem Sinne kommen auch die Gesetze als Erkenntnisquelle in Betracht.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch spricht Kopf[282]) eine Bedeutung in der angegebenen Richtung ab. Indessen läßt sich nicht leugnen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch über die Rechtsstellung, welche die Beteiligten gegenüber der Hinterlegungsstelle einnehmen, wichtige Aufschlüsse gibt. Gewißlich enthält es sich einer zwingenden Stellungnahme, und das mit vollem Recht. Einerseits braucht das Hinterlegungsverhältnis, als solches weder notwendig der einen noch der anderen Rechtssphäre anzugehören.[283]) Andererseits hat das Bürgerliche Gesetzbuch der Landesgesetzgebung die Möglichkeit offen lassen wollen, das Hinterlegungsverhältnis öffentlichrechtlich oder privatrechtlich auszugestalten.[284]) In ihrer Gesamtheit lassen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches aber noch ein Zweites erkennen, wie vorweg bemerkt werden möge: Fehlt es an einer zwingenden Stellungnahme der Landesgesetzgebung, so will das Bürgerliche Gesetzbuch das Hinterlegungsverhältnis als privatrechtliches angesehen wissen. Hierauf wird unten zurückzukommen sein.

Was nach dem Gesamtinhalte der preuß. Hinterlegungsordnung für Preußen von dem Hinterlegungsverhältnis m. E. zu halten ist, sei ebenfalls hier vorweggenommen: Zwingende Gründe für die öffentlichrechtliche Auffassung ergeben sich nicht.

Die Hinterlegungsordnung ist bisher nur in vereinzelten Bestimmungen angezogen worden. Hier, wo ein lebendiges Bild von dem Hinterlegungsverhältnisse zu gewinnen ist, bedarf es einer kurzen Gesamtinhaltsangabe, zu welcher sofort übergegangen sei.

§ 23.

ββ) Die preußische Hinterlegungsordnung.

Die preußische Hinterlegungsordnung gilt selbstverständlich für alle Arten von Hinterlegungen, nicht nur für die Schuldhinterlegungen. Sie umfaßt vier Abschnitte:

---

[282]) S. 16–20.
[283]) Kopf S. 37 Anm. 116.
[284]) Kopf S. 20.

I. Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten.
II. Vorläufige Verwahrung bei den Amtsgerichten.
III. Hinterlegung anderer als der im ersten Abschnitte bezeichneten Sachen.
IV. Schlußbestimmungen.

Der I. Abschn. enthält im 1. Titel eine Reihe allgemeiner Bestimmungen, von denen folgende hervorzuheben sind.

Die in §§ 1 u. 2 bezeichneten Hinterlegungsstellen, welche bereits besprochen wurden, sind dem Finanzminister untergeordnet (§ 4). Begründet wird das Hinterlegungsverhältnis durch die Annahme der zu hinterlegenden Sache, beendet mit deren Herausgabe. Beide Akte erfolgen auf eine dahingehende Weisung der Hinterlegungsstelle an die Hinterlegungskasse (§ 5). Die Zuständigkeit anderer Behörden, insbesondere der Gerichte, zwischen den Beteiligten über die mit der Hinterlegung zusammenhängenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden, bleibt unberührt (§ 6). Aus natürlichen Gründen ist das Verfahren für die Hinterlegung von Geld einerseits (2. Titel §§ 7—35) und die von Wertpapieren und Kostbarkeiten andererseits (3. Titel §§ 36—52) verschieden gestaltet.

Bei der Hinterlegung von Geld, welches in das Eigentum des Staates übergeht (§ 7), haftet die Staatskasse dem Empfangsberechtigten für das Kapital zu dem hinterlegten Betrage und für die Zinsen (§ 8). Der Hinterlegende hat die Hinterlegungsstelle über das Sachverhältnis durch eine Erklärung in Kenntnis zu setzen, insbesondere die Veranlassung zur Hinterlegung anzugeben (§§ 14, 15). Bei der Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung ist der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung erfolgt, zu bezeichnen oder anzugeben, infolge welcher Umstände der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Auch der Vorbehalt bezüglich einer Gegenleistung (§ 373 BGB.) ist der Hinterlegungsstelle gegenüber auszusprechen (§ 18). Der Hinterlegende erhält eine Quittung (§ 16). Die Angaben des Hinterlegenden muß die Hinterlegungsstelle als richtig hinnehmen.[285]) Dagegen darf ihr die Befugnis nicht abgesprochen werden, nachzuprüfen, ob nach diesen Angaben „einer der Fälle vorliegt, in denen die Benutzung der staatlichen Hinterlegungsstelle überhaupt zulässig ist".[286]) Ist dies der Fall, so kann die

[285]) Bartels a. a. O. S. 43 Anm. 1 zu § 20.
[286]) Beer S. 40.

Hinterlegungsstelle die Annahme nicht verweigern. Niemals auch kann sie die Annahme von einer gerichtlichen Anordnung abhängig machen. Diesen Grundsatz sprach die Hinterlegungsordnung alter Fassung in § 19 Abs. 2 aus. Die geltende Hinterlegungsordnung enthält ihn nicht mehr, weil er in Art. 145 Abs. 2 EG. z. BGB. zur reichsrechtlichen Norm erhoben worden ist.

Eine Nachprüfung von Entscheidungen oder Anordnungen, welche, von der zuständigen Behörde erlassen, den Hinterleger zur Hinterlegung berechtigen oder verpflichten, ist der Hinterlegungsstelle verboten. Sie kann die Annahme selbst nicht auf Grund der Unzulässigkeit der Hinterlegung ablehnen (§ 20). Das Gleiche gilt, wenn die fragliche Behörde selbst um die Hinterlegung ersucht (§ 21).

Die Auszahlung setzt ein Auszahlungsgesuch voraus, welchem der Nachweis der Berechtigung zur Empfangnahme beizufügen ist (§ 22). Die Hinterlegungsstelle hat eine im Wege des Arrests bewirkte Pfändung des hinterlegten Betrages (§ 24) sowie eine durch Abtretung oder auf sonstige Weise (Ehe, Erbgang) eingetretene Änderung in der Empfangsberechtigung zu berücksichtigen; die Änderung jedoch nur, wenn sie ihr von einem der Beteiligten schriftlich angezeigt ist (§ 28). Die Hinterlegungsstelle prüft, ob der im § 22 geforderte Nachweis geführt ist. Die Auszahlung muß ohne weiteres erfolgen:

1. wenn durch rechtskräftige Entscheidung die Berechtigung zur Empfangnahme festgestellt oder die Auszahlung von der zuständigen Behörde angeordnet ist;
2. wenn der Antrag auf eine von der zuständigen Behörde auf die Hinterlegungsstelle ausgestellte Anweisung sich gründet;
3. wenn die Auszahlung durch Erklärung sämtlicher Beteiligten bewilligt ist (§ 30).

Das Ersuchen der für die Rechtsangelegenheit zuständigen Behörden um Auszahlung an sie selbst oder einen Dritten darf nicht abgelehnt werden (§ 31). In solchen Fällen kann die Staatskasse auf Grund eines besseren Rechtes zum Empfange nicht in Anspruch genommen werden (§ 32).

Auf die Hinterlegung von Wertpapieren der im § 1 bezeichneten Art und von Kostbarkeiten finden die Vorschriften der §§ 12 bis 18, 20—33, 35 entsprechende Anwendung (§§ 36, 39), insbe-

sondere betreffend die Hinterlegungserklärungen, das Auszahlungsgesuch und den Nachweis der Empfangsberechtigung, die bei der Auszahlung zu berücksichtigenden Umstände sowie den Auszahlungszwang. Die Hinterlegungserklärungen erfahren eine Erweiterung, die sich aus der besonderen Art des Hinterlegungsobjektes ergibt (§ 40). Kostbarkeiten kann die Hinterlegungsstelle abschätzen oder zur Feststellung ihres Zustandes besichtigen lassen. Die Einziehung der Kosten hierfür, welche dem Staate gegenüber der Hinterleger zu tragen hat, geschieht in dem für die Beitreibung der öffentlichen Abgaben vorgeschriebenen Verfahren (§ 42).

Der 4. Titel des I. Abschn. behandelt in §§ 53—69 die Einstellung der Verzinsung und das Aufgebot hinterlegter Gegenstände. Den Erlaß des Aufgebotes kann die Hinterlegungsstelle unter gewissen Voraussetzungen zu der Wirkung beantragen, daß die Beteiligten mit der Verkündung des Ausschlußurteils mit ihren Ansprüchen gegen die Staatskasse und ihren event. dinglichen Rechten zu deren Gunsten ausgeschlossen sind (§§ 62 u. 69). Für das Verfahren ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Hinterlegungsstelle ihren Sitz hat (§ 59). Das Verfahren selbst richtet sich wie jedes Aufgebotsverfahren nach §§ 946 ff. ZPO.

Aus dem II. Abschn. ist hervorzuheben, daß die vorläufige Verwahrung nur in dringenden Fällen zulässig ist (§§ 73, 74) und im Verhältnis zwischen den Beteiligten als Hinterlegung gilt (§ 72).

Auf die Hinterlegung anderer als der in § 1 bezeichneten Wertpapiere und die Hinterlegung von Urkunden, von welcher der III. Abschn. handelt, finden die Vorschriften des I. Abschn. größtenteils Anwendung (§ 87a).

Die Schlußbestimmungen des IV. Abschn. bringen Übergangsvorschriften, die zumeist heute eine Bedeutung nicht mehr haben.

§ 24.

γγ) Die einschlägige Judikatur und Literatur.

In der einschlägigen Literatur wird das Hinterlegungsverhältnis bald der einen, bald der anderen Sphäre zugewiesen. Doch herrscht die privatrechtliche Auffassung vor. Für die öffentlichrechtliche Natur treten vor allem Endemann,[287]) Kopf[288]) und

[287]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 818 Note 48.

[288]) Kopf in der angegebenen Schrift.

Oertmann[289]) ein. Oertmann gibt zu, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe gewähre, hält aber dennoch für Preußen den Rechtsweg für ausgeschlossen.[289])

Auch in der Judikatur sind die Meinungen geteilt. Der Rechtsweg wird bald für zulässig, bald für unzulässig erklärt. So besteht zwischen der Praxis der Zivilgerichte, vor allem des Reichsgerichts, und der des preußischen Kompetenzgerichtshofes eine alte Fehde. In den Entscheidungen des Reichsgerichtes

v. 29. 4. 1884 (Arch. f. Zivil- u. Kriminalr. d. preuß. Rheinprovinzen Bd. 72 Abt. 3 S. 12),
v. 17. 5. 1884 (Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 319),
v. 5. 12. 1884 („ „ „ „ 12 „ 222),
v. 17. 12. 1884 („ „ „ „ 12 „ 394),
v. 2. 5. 1887 („ „ „ „ 18 „ 284)

wird mehr oder weniger unmittelbar für die privatrechtliche Auffassung und damit für die Zulässigkeit des Rechtsweges eingetreten. Das Gleiche gilt von den im Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der preuß. Rheinprovinzen Bd. 71 Abt. 2 S. 92 mitgeteilten Entscheidungen des Landgerichtes zu Düsseldorf v. 7. 12. 1880 und des Oberlandesgerichtes zu Köln v. 23. 12. 1880; es sind dies die vorinstanzlichen Entscheidungen der obenerwähnten Entscheidung des Reichsgerichtes v. 29. 4. 1881.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt der preußische Kompetenzkonfliktsgerichtshof.

Dieser Gerichtshof ist durch die Anordnung v. 1. 8. 1879 betr. die Kompetenzkonflikte eingesetzt. Er beruht auf reichsgesetzlicher Zulassung. Das Reichsrecht hat die ordentlichen Gerichte zwar grundsätzlich zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges berufen.[290]) Daneben wurde jedoch die Landesgesetzgebung ermächtigt, die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsinstanzen über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden zu übertragen. Die Regierung hat in einer Reihe von Fällen, auf Auszahlung der bei ihr hinter-

[289]) Oertmann, Recht der Schuldverh. S. 230 Vorbem. Nr. 5 zu § 372; Oertmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79 S. 244ff., insbesondere S. 247, 250 Mitte—252, 269 Mitte.

[290]) GVG. § 17 Abs. 1.

legten Gelder beklagt, den Kompetenzkonflikt erhoben, d. h. den Streit über die Zulässigkeit des Rechtsweges bei dem Kompetenzkonfliktsgerichtshofe anhängig gemacht. In allen diesen Fällen hat sich der genannte Gerichtshof für die publizistische Struktur und damit gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden. Zu nennen sind die Entscheidungen

v. 10. 6. 1882 (MBl. f. d. ges. inn. Verw. 1882 S. 242),
v. 11. 10. 1884 („ „ „ „ „ „ 1884 „ 284),
v. 14. 10. 1893 („ „ „ „ „ „ 1894 „ 51),
v. 8. 6. 1895 („ „ „ „ „ „ 1896 „ 117),
v. 10. 6. 1897 („ „ „ „ „ „ 1897 „ 127),
v. 26. 3. 1904 (DJZ. 1904 S. 655).

Dabei hat der genannte Gerichtshof indessen stets anerkannt, daß dem Hinterlegungsverhältnisse auch privatrechtliche Elemente innewohnten.

An sich ist gegen die begriffliche Möglichkeit, daß ein Rechtsverhältnis eine solche Doppelnatur aufweist, nichts einzuwenden. „Ein Zivilrecht kann ein öffentlichrechtliches Verhältnis zur Voraussetzung haben, wie ein Staatsakt als rechtserheblicher Tatbestand privates Recht zu schaffen vermag.“[291])

Man darf daher, wie Kopf es tut,[292]) den Standpunkt des Kompetenzgerichtshofes nicht deswegen angreifen, weil er sich nicht ausschließlich für eine der beiden Möglichkeiten entscheidet. Wohl aber ist die öffentliche Auffassung überhaupt nicht zu halten und darum Kopf, welcher der Meinung des Kompetenzgerichtshofes im übrigen das Wort redet, in dem Resultat seiner Abhandlung[293]) entgegenzutreten.

b) Das Hinterlegungsverhältnis ist ein privatrechtliches.

§ 25.

α) Aus allgemeinen Gründen.

Von den Schriftstellern, die sich zu unserer Frage geäußert haben, ist Kopf der ausführlichste. In Anlehnung an Endemann[294]) versucht er, die zivilrechtliche Auffassung zu widerlegen

[291]) Wach a. a. O. S. 86—88 unter V, 1 u. 3.
[292]) S. 23—27.
[293]) S. 47.
[294]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 818 Anm. 48; Kopf S. 16.

und die öffentlichrechtliche zu begründen. Seine Ausführungen vermögen m. E. indessen nicht zu überzeugen.

I. Zunächst hebt er hervor, daß alle Hinterlegungsverhältnisse durch die Hinterlegungsordnung ein einheitliches Gepräge erhalten hätten.[295]) Man müsse, folgert er hieraus, alle Hinterlegungsverhältnisse einheitlich charakterisieren. Das könne man nur aus der öffentlichen Auffassung heraus, nur dann, wenn man in der Tätigkeit der Hinterlegungsstellen grundsätzlich eine regiminale, nämlich eine die Rechtsordnung ergänzende erblicke.[296]) Nicht aber dürfe man auf den Zweck der einzelnen Hinterlegung zurückgreifen. Anderenfalls müßte zwar das Hinterlegungsverhältnis bei der Schuldhinterlegung als privatrechtliches gelten, weil diese privatrechtlichen Zwecken diene. Dagegen würde man bei der Hinterlegung zwecks Abwehr der Untersuchungshaft[297]) oder Aufschub der Strafvollstreckung,[298]) die zweifellos öffentlichen Zwecken dienten, das Hinterlegungsverhältnis für ein öffentliches halten müssen.

Gewiß darf man nicht auf den entfernteren Erfolg, den die Hinterlegung herbeiführen soll, als Erkenntnisquelle zurückgehn: nicht also in den Fällen der strafrechtlichen Hinterlegung auf das Unterbleiben der Verhaftung usw., ebensowenig bei der Erfüllungshinterlegung auf das Erlöschen der Schuld. Gewiß ist der Beurteilung ein allen Hinterlegungen gemeinsamer Zweck zugrunde zu legen. Der besteht aber m. E. darin, daß ein bestimmtes Rechtssubjekt unter bestimmten Voraussetzungen Privatrechte an dem Hinterlegungsobjekt erwerbe bezw. nicht verliere.[299]) Damit ist die Möglichkeit einer einheitlichen Charakterisierung aller Hinterlegungsverhältnisse gegeben.[300]) Hiernach zwingt nichts dazu, das Hinterlegungsverhältnis bei der strafrechtlichen Hinterlegung als ein publizistisches anzusehen. Publizistisch ist nur das Verhältnis zwischen dem Staat als Träger des publizistischen Strafanspruchs und dem Verfolgten, nicht aber das Verhältnis zwischen dem Staat als Inhaber der Hinterlegungsstelle und dem Hinterleger.

[295]) S. 36.
[296]) S. 43.
[297]) StPO. §§ 117, 118.
[298]) StPO. § 488.
[299]) vgl. Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 329 Vorbem. Nr. 5 zu § 372.
[300]) Näheres hierüber s. unten S. 85 ff.

II. Kopf bringt für seine Ansichten weiterhin zwei Gruppen von Gründen vor, allgemeine Rechtsgründe und eine Reihe positiver Bestimmungen der Hinterlegungsordnung.

1. Bei der Behandlung der allgemeinen Rechtsgründe befaßt er sich zunächst mit dem Annahmezwang, welchem die Hinterlegungsstelle unterworfen ist.[301]) Einen zwingenden Grund für seine Auffassung sieht er in dem Annahmezwang allerdings nicht. Doch führt er aus, daß der Annahmezwang immerhin etwas Auffallendes habe und der Annahme eines zivilrechtlichen Vertrages nach seinem Empfinden widerspreche, zumal wenn beide Parteien (wie bei der Pflichthinterlegung) miteinander Vereinbarungen treffen sollen.

Weiter noch geht Endemann.[302]) Nach ihm schließt der Kontrahierungszwang die privatrechtliche Auffassung unbedingt aus: Es fehle die freie Selbstbestimmung der Parteien; die Hinterlegungsstelle müsse annehmen, der Deponent könne nur in den gesetzlich bestimmten Fällen hinterlegen, wenn er nicht gar kraft Gesetzes zur Hinterlegung gezwungen sei.

In diesen Ausführungen erscheint mir nicht beachtet, daß sich die Bedenken, die allenfalls aus der Tatsache des Annahme- und Hinterlegungszwanges herzuleiten wären, nicht gegen die privatrechtliche, sondern nur gegen die Vertragsnatur des Hinterlegungsverhältnisses richten könnten,[303]) etwa zu der Wirkung, daß man ein privatrechtliches Rechtsverhältnis sui generis kraft Gesetzes anzunehmen hätte. Das bestätigt ein Blick auf den Postvertrag, d. h. den Vertrag, den wir zwecks Beförderung von Gegenständen mit der Post abschließen. Dieses Rechtsverhältnis wie auch das, welches zwischen den Staatseisenbahnen und dem sie Benutzenden obwaltet, wird von der herrschenden Meinung mit Recht als ein privatrechtliches angesehen. Gleichwohl ist bezüglich beider Verkehrsanstalten dem Staat als Inhaber Annahmezwang auferlegt. Wenn Kopf für diesen Annahmezwang die Erklärung weiß,[304]) er sei „notwendig als Ausgleich für das tatsächliche Monopol der Eisenbahn und das rechtliche der Post", so läßt sich mit dieser Erklärung auch der der Hinterlegungsstelle auferlegte Annahme-

[301]) S. 39.

[302]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 818 Anm. 48a.

[303]) Aber auch das ist in Wirklichkeit nicht der Fall; vgl. unten S. 92.

[304]) S. 29 Anm. 94.

zwang verständlich machen. Muß sich doch der Deponent an die staatliche Hinterlegungsstelle wenden, wenn er wirksam „hinterlegen“ will.

2. Kopf stützt seine Meinung weiter mit dem Hinweise darauf, daß dem Staate bei der Hinterlegung jegliches Interesse fehle.[305] Die Hinterlegung an öffentlicher Stelle, betont er, sei nicht eingeführt, damit dem Staat eine Geldquelle eröffnet werde. Der Staat zöge aus dem Hinterlegungswesen nicht den geringsten Gewinn.

Es ist allerdings richtig, daß der preußische Staat ein besonderes Vermögensinteresse mit seiner Tätigkeit beim öffentlichen Hinterlegungswesen nicht verfolgt. Er läßt sich für die Hinterlegung nicht einmal eine Vergütung gewähren, sondern verlangt lediglich den Ersatz gewisser Kosten vom Hinterleger.[306] Zugunsten der öffentlichrechtlichen Auffassung läßt sich aber aus diesem Umstande nichts folgern. Es erscheint mir verfehlt, bei der Scheidung zwischen Privatrechtssache und öffentlichrechtlicher auf „die Eigenschaft des Parteiinteresses als eines geldwerten, als eines Vermögensinteresses“ [307] abzuheben. Gehören doch dem Komplex der Privatrechte auch andere als geldwerte Rechte an. Umgekehrt ist dem Staat auch bei wirklich öffentlichen Verhältnissen die Verfolgung eines vermögenswerten Eigeninteresses nicht benommen, man denke z. B. an die Gebühren für Inanspruchnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit.

3. Sein Hauptargument schöpft Kopf aus den Ausführungen, die der Kompetenzgerichtshof in den vorerwähnten Entscheidungen niedergelegt hat: „Wenn der Staat Einrichtungen schaffe, um die Hinterlegung dem Publikum zu ermöglichen, so gesche das im öffentlichen Interesse und in Erfüllung einer dem Staate bezüglich der Rechtspflege obliegenden Verpflichtung. Die Hinterlegungsstellen seien daher Organe, die zur Aufrechterhaltung und Ergänzung der Rechtsordnung berufen seien“.[308]

Der hier zum Ausdruck gebrachte Gedanke tritt in den sämtlichen Entscheidungen des Kompetenzgerichtshofes immer wieder in den Vordergrund der Beweisführung. Er hat manches für sich. Erkennt man ihn an, so folgt daraus allerdings, daß das Hinter-

[305] S. 39 ff.
[306] § 42 HO.
[307] Wach a. a. O. S. 88.
[308] S. 43/44.

legungsverhältnis ein publizistisches ist. Annahme und Herausgabe würden sich dann als Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes darstellen.

Reduziert man das Argument auf seinen einfachsten Ausdruck, so lautet es: Das Hinterlegungsverhältnis ist deswegen ein publizistisches, weil die Hinterlegungsstelle eine staatliche ist! Wir haben es somit weniger mit einer Beweisführung[309]) zu tun, als mit einer geistreichen Umschreibung dessen, was behauptet wird. Auch erscheint es mir unrichtig gedacht, zu sagen, die Errichtung der Hinterlegungsstelle von Staats wegen ermögliche die Hinterlegung und bedeute deshalb eine Ergänzung der Rechtsordnung. Das, was die Hinterlegung ermöglicht, ist immer das betreffende Gesetz, welches den Rechtsgrund für die Hinterlegung aufstellt, bei der Erfüllungshinterlegung also § 372 BGB. Zwar sind die Bundesstaaten zur Errichtung und Haltung staatlicher Hinterlegungstellen verpflichtet.[310]) Daraus folgt aber noch nicht, daß sie mit der Erfüllung dieser Verpflichtung ein Hoheitsrecht ausüben. Denn nicht mit Rücksicht auf ein etwa vorhandenes oder zu schaffendes Hoheitsrecht, sondern mit Rücksicht auf die Sicherstellung des Berechtigten statuiert das Reichsrecht die Hinterlegung an öffentlicher Stelle, d. h. eben nur an der Stelle, welche tatsächlich die meiste Sicherheit bietet.

§ 26.

β) Gemäß der Hinterlegungsordnung.

Nach dem soeben Ausgeführten läßt sich also nicht sagen, daß sich bereits das Errichten und Halten von Hinterlegungsstellen als solches als Regiminalfunktion darstellt. Der Staat darf aber, wie wir gesehen haben, seine Tätigkeit bei dem Hinterlegungswesen zu einer Regiminalfunktion erheben.[311]) Wollte man insbesondere im preußischen Rechte dem Hinterlegungsverhältnisse öffentlichrechtlichen Charakter beilegen, so müßte dies in der Hinterlegungsordnung zum Ausdrucke kommen.

---

[309]) Allerdings sucht der Kompetenzgerichtshof in einer seiner Entscheidungen die Hoheitsstellung des Staates unmittelbar aus der HO. zu begründen; s. hierüber unten S. 82/83.

[310]) s. oben S. 12 Mitte.

[311]) s. oben S. 71.

I. Kopf behauptet dies auch und führt dafür drei Gründe an.

1. Zunächst erscheint ihm das wiederholte Vorkommen des Wortes „Gesuch“ in der Hinterlegungsordnung[312]) für seine Ansicht zu sprechen.[313]) Dieses Wort erklärt sich aber wohl genügend daraus, daß es nun einmal der Staat ist, mit dem der Hinterleger oder Empfangsberechtigte es zu tun hat. Im übrigen bedient sich die Hinterlegungsordnung in gleichem Sinne mehrfach des Wortes „Antrag“.[314])

2. Unangebracht erscheint es mir ferner, wenn Kopf aus der öffentlichrechtlichen Natur des Hinterlegungsverhältnisses bei der gerichtlichen Hinterlegung schließt, es müsse auch das Hinterlegungsverhältnis mit der Regierung ein publizistisches sein.[315])

Wo die Gerichte als solche tätig werden, kann dies nur in Ausübung der ihnen übertragenen streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit geschehen. Jede Tätigkeit der Gerichte gegenüber einem Dritten muß also ein publizistisches Rechtsverhältnis erzeugen, darum auch die bei der gerichtlichen Hinterlegung entwickelte. Was hier wegen der besonderen Natur der mit der Hinterlegung befaßten Behörde schlechterdings notwendige Spezialfolge ist, kann nicht für andere Hinterlegungen vorbildlich sein.

3. Endlich dürfte auch der Hinweis Kopfs darauf nicht als zwingendes Argument gelten können, daß die Einziehung von Kosten in dem für die Beitreibung der öffentlichen Abgaben vorgeschriebenen Verfahren geschieht.[316])[317]) Das beweist § 90 Abs. 1 KAG. (Gesetzsammlung 1893 S. 152), welcher lautet: „Gebühren, Beiträge, Steuern und Kosten sowie die nach einem von der Aufsichtsbehörde festgestellten Tarife erhobenen Vergütungen (Kurtaxen)[318]) unterliegen der Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren . . .“ Hierzu äußert sich der Art. 58 der Anweisung zur Ausführung des Kommunalabgabengesetzes (Ge-

[312]) In §§ 14, 15, 22, 30 HO.

[313]) S. 44.

[314]) In §§ 54, 65 HO.

[315]) S. 44/45.

[316]) S. 46.

[317]) § 42 HO.

[318]) Kurtaxen sind allerdings keine privatrechtlichen Einnahmen, sondern öffentlichrechtliche; vgl. Nöll a. a. O. S. 38/39 Anm. 4 zu § 12 KAG.; ferner S. 243/44 Anm. 6 zu § 69 KAG.

setzsammlung 1893 S. 152) Abs. 2 Satz 2: „Das Gesetz geht davon aus, daß es sich bei der Nichtentrichtung der in § 90 KAG. erwähnten Vergütungen, an sich lediglich privatrechtliche Einnahmen der Gemeinden, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle lediglich um eine Versäumnis des Schuldners handle und daß die jedesmalige Beschreitung des Rechtsweges in allen derartigen Fällen seitens der Gemeinden mit Weiterungen verknüpft sei, die weder durch das Interesse der Gemeinden, noch durch dasjenige des Schuldners begründet sind". Wie Kopf selbst zugeben muß, „hindert im Postrechte die gleiche öffentliche Regelung des Portos die Annahme privatrechtlicher Beziehungen nicht".[319]) Ich halte die hervorgehobene Bestimmung daher für eine Zweckmäßigkeitsvorschrift, die wohl am Platze ist. Der Weg des Verwaltungszwangsverfahrens[320]) ist den Regierungen einmal geläufig, wie ihre Einrichtungen auf denselben abgestimmt sind.

II. Der Kompetenzgerichtshof schöpft aus der Hinterlegungsordnung ein Argument für die öffentlichrechtliche Auffassung, das tiefer in die Frage eindringt. Er sucht die schon behandelte These, die Hinterlegungsstelle sei ein zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mitwirkendes staatliches Organ, unmittelbar aus §§ 22 (30, 31) HO. abzuleiten.[321]) § 22 HO. gewährt der Hinterlegungsstelle die Befugnis, die Berechtigung des Empfangsprätendenten und deren Nachweis einer Prüfung zu unterziehen. In diesem Prüfungsrecht erblickt der Kompetenzgerichtshof einen Ausdruck jener Hoheitsstellung, welche die Regierung einnehme. Es sei das Prüfungsrecht ein rechtserzeugendes, das die Zuständigkeit jeder anderen Behörde ausschließe. Argument: Die Fälle, in denen die Hinterlegungsstelle zur Herausgabe ohne Prüfung gehalten sei, seien als Ausnahmen in §§ 30 u. 31 HO.[322]) ausdrücklich aufgezählt.

Auch dem kann ich mich nicht anschließen. Gewißlich hat die Hinterlegungsstelle ein Prüfungsrecht. Zunächst allgemein betrachtet heißt das aber nur, daß sie über die Herausgabe selbst befinden kann, daß es einer richterlichen Anordnung nicht bedarf,

[319]) S. 46.

[320]) s. die Verordn. betr. das Verwaltungsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen v. 15. 11. 1899.

[321]) MBl. f. d. ges. inn. Verw. 1882 S. 245.

[322]) vgl. oben S. 73.

um ihre Herausgabetätigkeit in Lauf zu setzen — ebensowenig, wie die Annahme der Hinterlegung von einer richterlichen Anordnung abhängig ist. Ferner: Wer eine Leistung macht, der muß auch zu prüfen befugt sein, ob er den wahren Berechtigten vor sich hat, wie denn § 22 HO. besagt, daß der Berechtigte durch Führung des Berechtigungsnachweises die Hinterlegungsstelle zu solcher Prüfung instand setzen muß. Das Prüfungsrecht der Hinterlegungsstelle dürfte sich also auf ganz natürliche Weise erklären lassen. Es entquillt dem „Interesse des Fiskus als des Schuldners“[323]) und hat nichts so Auffälliges an sich, daß man den Hinterlegungsbehörden eine die richterliche Entscheidung ausschließende Entscheidungsgewalt zuerkennen müßte.

Wenn im einzelnen z. B. hervorgehoben worden ist, daß die Hinterlegungsstelle der Rechtskraft einer Entscheidung, welche die Berechtigung zur Empfangnahme feststellt, unterworfen ist,[324]) so ist das nur eine Folge der Rechtskraft selbst. — In einem andern Sinne schließt Endemann aus den §§ 30, 31 HO. auf die öffentlichrechtliche Natur des Hinterlegungsverhältnisses. Die Hinterlegungsstelle müsse, führt er aus, auf Anordnung einer Behörde dem Gesuch um Auszahlung nachkommen und dies sei bei einem privatrechtlichen Verhältnisse undenkbar.[325]) Dem ist entgegenzuhalten, daß durch die fragliche Anordnung eine Auszahlungspflicht nicht etwa erst begründet wird. Der Hinterlegungsstelle wird vielmehr nur auferlegt, ihrer Pflicht ohne weitere Legitimationsprüfung nachzukommen. Anderenfalls würde der Rechtsschutz illusorisch, den derartige Anordnungen verkörpern. Auch würde die Brauchbarkeit des gesamten Hinterlegungsinstituts in Frage gestellt.

Finden §§ 30, 31 HO. hiermit ihre Erklärung, so liegt auch zu dem von dem Kompetenzgerichtshof gemachten Schluß keine Veranlassung vor. Im Gegenteil: § 20 Abs. 1[326]) ergibt, daß die Hinterlegungsstelle von den ordentlichen Gerichten Recht nehmen muß. Darf sie doch eine Hinterlegung, zu welcher der Deponent durch gerichtliche Entscheidungen berechtigt oder verpflichtet wurde,

---

[323]) Förster-Eccius a. a. O. Bd. 2 S. 302 Anm. 95.
[324]) § 30 Nr. 1 HO.
[325]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 819 Anm. 48 c.
[326]) s. oben S. 73 oben.

selbst dann nicht ablehnen, wenn die Hinterlegung objektiv unzulässig ist.

Man bedenke auch, daß eine Berufung der Hinterlegungsstelle zur rechtserzeugenden Entscheidung über die Empfangsberechtigung diese Behörde in großem Umfange zur rechtserzeugenden Anwendung ihr ferner liegenden Privatrechtes befugen würde. Hierin liegt allerdings kein unbedingtes Argument gegen die öffentlichrechtliche Auffassung. Die Rechtsheimat der Entscheidungsnorm, nach welcher sich die Berechtigung der beteiligten Subjekte richtet, ist nämlich an sich gleichgültig für die Frage, ob das betreffende Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Rechte angehört.[327]) Dennoch erscheint mir der hervorgehobene Umstand geeignet, die Bedenken gegen die öffentlichrechtliche Auffassung zu vermehren.

III. Für die privatrechtliche Auffassung sprechen ferner die Gründe, die das Amtsgericht in Koblenz und das Oberlandgericht in Köln in ihren Gutachten zu dem am 28. 12. 1892 von der Regierung zu Koblenz erhobenen Kompetenzkonflikte niedergelegt haben.[328]) Hier werden die Hinterlegungsstellen als „Einrichtungen der Finanzverwaltungen", als „fiskalische Verwaltungskassen" angesehen. Die deswegen nicht etwa entbehrliche gesetzliche Ausgestaltung des Hinterlegungsverfahrens stellt sich danach nur als eine Regelung des inneren Geschäftsganges dar. Vor allem gilt das, wie die beiden Gutachten hervorheben, von den §§ 5, 6, 22 und 23 HO.[329]) Die Gutachten greifen weiterhin auf die Motive zu § 5 und 6 HO. zurück, nach welchen die Weisungen der Hinterlegungsstelle an die Regierungshauptkasse zur Annahme oder Auszahlung nur als „Kassenordres", nicht als der Rechtskraft fähige Feststellungen der Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten anzusehen sind.[330])

Endlich ist zu bedenken, daß die Hinterlegungsstelle die Ausschließung der Beteiligten mit ihren Leistungsansprüchen und dinglichen Rechten nur im Wege eines gerichtlichen Aufgebots-

[327]) Wach a. a. O. S. 86—88.

[328]) Die Gutachten sind veröffentlicht in dem Erkenntnis des Kompetenzgerichtshofs vom 14. 10. 1893, MBl. f. d. ges. inn. Verw. 1894 S. 52 unten.

[329]) s. oben S. 72/73.

[330]) Zustimmend Riecken a. a. O. S. 37 nebst Anm. 1 daselbst bis 38; Förster-Eccius Bd. 2 S. 302 Note 95.

verfahrens[331]) erreichen kann. Sie ist also an den Weg gebunden, der auch sonst zum Zwecke der Ausschließung von Beteiligten mit Privatrechten beschritten werden muß.[332])

Bei Berücksichtigung aller dieser Erwägungen reicht m. E. die Gestaltung, die das Hinterlegungsverfahren in der preußischen Hinterlegungsordnung gefunden hat, nicht aus, die öffentliche Auffassung zu begründen.[333]) Ich schließe mich daher dem Resultat an, zu welchem die soeben erwähnten Gutachten gelangen[334]): Die Ablehnung des Herausgabeanspruchs ist „eine Verfügung im Sinne des § 41 der Verordnung v. 26. 12. 1808 wegen verbesserter Einrichtungen usw.“,[335]) „eine Verfügung der Regierung, welche sie in ihrer Eigenschaft als Finanzbehörde erlassen hat, welche sich mithin auf die Vermögensverwaltung des Fiskus bezieht“, und gegen welche „der Weg des Rechtens“ offen steht.

γ) Gemäß dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 27.

αα) Das Hinterlegungsverhältnis ist nach seinem tatsächlichen Inhalte ein privatrechtliches.

Oben wurde behauptet, das Bürgerliche Gesetzbuch enthalte sich einer zwingenden Stellungnahme zur Rechtsheimat des Hinterlegungsverhältnisses. Es entscheide sich aber subsidiär für die privatrechtliche Auffassung, sofern nämlich die Landesgesetzgebung eine Entscheidung nicht an die Hand gebe. Diese Behauptung bedarf noch des Nachweises.

Der Inhalt des Hinterlegungsvorgangs bei der Erfüllungshinterlegung ist der: Der Schuldner bringt die Schuldsache in Staatgewahrsam, um den Gläubiger in weitgehendster Weise sicherzustellen, sich selbst aber von Sache und Schuld zu befreien. Verallgemeinert man dies unter Anpassung an alle Hinterlegungs-

---

[331]) s. oben S. 74.

[332]) vgl. BGB. §§ 13, 799, 808, 887, 927, 1104, 1112, 1162, 1170 ff., 1188, 1269, 1970 ff.

[333]) Auch Oertmann hält (Komm. Bd. 2 S. 230 Bem. 5) die Gründe Endemanns und Kopfs nicht für zwingend.

[334]) MBl. f. d. ges. inn. Verw. 1894 S. 53.

[335]) vgl. oben S. 69 unten.

arten,[336]) so ergibt sich, wie oben bereits angedeutet wurde,[337]) als der tatsächliche Gehalt des Hinterlegungsvorganges in allen Fällen der: Der Deponent bringt einen bestimmten Vermögenswert in fremden Gewahrsam, um einen Dritten auf denselben in irgendeiner Weise zu berechtigen, und in der Regel auch, um für seine Person oder die eines Dritten einen bestimmenden Erfolg herbeizuführen. Ob dieser Erfolg öffentlichrechtlicher Natur ist[338]) oder privatrechtlichen Charakter hat, [339]) oder ob er gar in beiden Richtungen wirkt,[340]) ist für die Beurteilung des Hinterlegungsverhältnisses m. E. gleichgültig.

Die Gewahrsamsstelle bestimmt sich dabei stets nach äußeren Rücksichten. Bald ist es der Staat, nämlich da, wo vor der Sicherstellung des Berechtigten alle anderen Rücksichten zurücktreten dürfen und müssen, bald, wenn noch andere Erwägungen in Ansatz zu bringen sind, ist es eine andere Stelle, z. B. beim Handelskauf sowie beim Frachtvertrag[341]) öffentliche Lagerhäuser oder sonst eine sichere Stelle. — Bezüglich der Hinterlegung von Wertpapieren in den Fällen der §§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818 u. 2116 BGB. empfahl es sich, die Hinterlegung mit der Möglichkeit einer geeigneten Verwaltung zu verbinden. Aus diesem Grunde gestattet das Bürgerliche Gesetzbuch hier auch Hinterlegung bei der Reichsbank. Außerdem hat die preußische Landesgesetzgebung durch Art. 85 AG. z. BGB. die Möglichkeit eröffnet, daß durch Anordnung der zuständigen Minister die Seehandlung, die preußischen öffentlichen Bankanstalten, gewisse Kreditanstalten oder geeignete preußische Privatbanken als Hinterlegungsstellen berufen werden. Dies wurde durch die Erlasse v. 17. u. 18. 12. 1899 [342]) teilweise verwirklicht. — In den soeben behandelten Fällen sind die ordentlichen Hinterlegungsstellen neben den neu benannten zuständig. Dagegen hat Preußen, dem Vorbehalte des Art. 144 EG. z. BGB. folgend, für die mit § 1806 (1807) BGB. vorgesehene Hinterlegung

---

[336]) s. oben S. 11.

[337]) vgl. oben S. 77 unten.

[338]) So bei der Hinterlegung gemäß §§ 117, 118; 488 StPO.

[339]) So bei der Erfüllungshinterlegung.

[340]) So bei der Hinterlegung gemäß § 75 ZPO.: Entlassung aus dem Rechtsstreite und Befreiung des Schuldners.

[341]) § 437 Abs. 2 HGB.

[342]) JMBl. 1899 S. 805.

von Mündelgeld die ordentlichen Hinterlegungsstellen als unzuständig erklärt.[343]) Sie wäre ungeeignet gewesen!

Die mitgeteilten Fälle sollen zeigen, daß für den Begriff des Hinterlegungsverhältnisses die Stelle, wo hinterlegt wird, nicht von entscheidender Bedeutung ist. Sie lassen ferner erkennen, daß der Staat in der Tat bei dem Hinterlegungswesen eine die Rechtsordnung ergänzende Tätigkeit entfaltet. Aber dies geschieht nicht dadurch, daß er für einen Teil der Hinterlegungsfälle selbst Hinterlegungsstellen unterhält, sondern durch Benennung jeweils geeigneter Hinterlegungsstellen im Gesetzeswege.

Der materielle Inhalt des Hinterlegungsverhältnisses darf daher in allen Fällen als der gleiche gelten: Einstweilige Einbringung eines Gutes in fremden Gewahrsam für sich oder einen Dritten. Das aber ist ein Vorgang, welcher der Sphäre des Privatrechtes angehört. Messen wir ihn an dem Kriterium, das Wach für den Unterschied zwischen publizistischer und Privatrechtssache aufstellt[344]):

„Die Substanz des Lebensverhältnisses", doziert Wach, „die Natur des rechtlichen Gutes, Lebensinteresses als eines wirtschaftlichen oder ideellen und dgl. ergibt kein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal, wohl aber liegt ein solches in der Zweckbeziehung des Rechts, der Pflicht unmittelbar auf das Ganze oder den Einzelnen". „Ein Zweckbeziehung auf die Gesamtheit", führt der genannte Schriftsteller weiter aus, „liegt vor, wenn der Einzelne als Glied des Ganzen diesem gegenüber verpflichtet und berechtigt sei und gleichzeitig als Glied des Ganzen von diesen Zwecken ergriffen werde." „Werde er in solcher Eigenschaft berechtigt oder verpflichtet, so sei sein Recht oder seine Pflicht publizistisch, das zugrunde liegende Rechtsverhältnis also ein öffentlichrechtliches."

Bei dem Hinterlegungsverhältnis fehlt eine derartige Zweckbeziehung auf das Gemeinwesen. Es fehlt ein Handeln des Deponenten in seiner Eigenschaft als Mitglied des Ganzen. Der Erfolg der Hinterlegung, auf den allein abgehoben werden darf, — das Entstehen eines Rechtes gegenüber der Hinterlegungsstelle in Richtung auf das Hinterlegungsobjekt —, könnte vollwertig auch

[343]) Preuß. AG. z. BGB. Art. 76.

[344]) a. a. O. S. 94

durch Hinterlegung ins Privatgewahrsam erreicht werden und wird auch teilweise so erreicht. Es darf eben, wie schon wiederholt hervorgehoben wurde, dabei nicht an den entfernteren Erfolg gedacht werden, dem die Hinterlegung dient, als da ist Befreiung von der Schuld, Unterbleiben der Untersuchungshaft usw. Diese entferntere Wirkung trifft nicht einmal immer die Person des Deponenten. Jedenfalls bezieht sie sich auf ein ganz anderes Verhältnis, bei der Erfüllungshinterlegung z. B. auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, bei der strafrechtlichen auf das Verhältnis zwischen dem Staat als Vertreter des publizistischen Strafanspruchs und dem Übeltäter. Dieser entferntere Zweck ergreift möglicherweise die Person, die ihr Objekt ist, in ihrer Eigenschaft als Glied des Ganzen. Mit dem Hinterlegungsverhältnis aber hat er nichts zu tun. Entsprechend verwendet das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es von den Rechten der Beteiligten gegenüber der Hinterlegungsstelle spricht, stets privatrechtliche Begriffe.[345]) Man halte nun diesen Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches und seinen Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung zusammen, nach Wahl das Hinterlegungsverhältnis publizistisch oder privatrechtlich zu gestalten. Es ergibt sich, daß das Hinterlegungsverhältnis kraft des Bürgerlichen Gesetzbuches als ein privatrechtliches zu gelten hat, sofern die Landesgesetzgebung von dem ihr eingeräumten Vorbehalte keinen Gebrauch macht. Wie wir gesehen haben, zwingt die preuß. Hinterlegungsordnung zur öffentlichrechtlichen Auffassung nicht. Daraus folgt, daß die subsidiäre Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches die maßgebende ist, daß also, für Preußen gesprochen, das Hinterlegungsverhältnis der Sphäre des Privatrechtes angehört.

§ 28.

ββ) Das Hinterlegungsverhältnis ist nach der Haftpflicht der Hinterlegungsstelle ein privatrechtliches.

Eine Bestätigung des gewonnenen Ergebnisses liegt in der der Hinterlegungsstelle auferlegten Haftung.

[345]) vgl. §§ 373, 377, 233 BGB. und hierzu Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 230 Bem. 5; im Resultat übereinstimmend auch Rehbein Bd. 2 S. 310 Nr. 9.

Das oberste Motiv, welches die Reichsgesetzgebung veranlaßte, die Hinterlegung an öffentlicher Stelle auf den Schild zu erheben, war die Sicherstellung des Berechtigten. Hieraus ergibt sich m. E. die Folgerung: Die Hinterlegung an staatlicher Stelle darf den Berechtigten nicht schlechter stellen, als es Privathinterlegung würde. Der Privatdepositar würde dem Berechtigten aus dem Vertrage haften, wenn er das Depositum vorsätzlich oder fahrlässig einem Nichtberechtigten herausgäbe.[346]) In gleichem Umfange muß die staatliche Hinterlegungsstelle haften. Anderenfalls würde die Sicherstellung des Berechtigten herabgemindert statt erhöht sein.

Nichtsdestoweniger schließt Kopf[347]) diese Haftung bezüglich der in specie zu verwahrenden Gegenstände aus. Er folgert dies aus der von ihm vertretenen öffentlichrechtlichen Auffassung. „Hier könnten", führt er aus, „nur die Hinterlegungsbeamten gemäß § 839 BGB. in Anspruch genommen werden, weil der Staat in Preußen im allgemeinen nicht für den Schaden aufzukommen brauche, den seine Beamten bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt verursacht hätten."

Richtig ist, daß in Preußen eine Haftung des Staates aus dessen öffentlichrechtlicher Tätigkeit nicht allgemein, sondern nur da besteht, wo dies durch Reichs- oder Landesgesetz vorgeschrieben ist.[348]) Im übrigen setzt sich Kopf zu der Hinterlegungsordnung selbst in Widerspruch. Diese normiert nämlich in der Tat die Haftpflicht des Staates auch für den Fall, daß hinterlegte Wertpapiere oder Kostbarkeiten einem Nichtberechtigten herausgegeben werden, es sei denn, daß einer der in §§ 30 u. 31 vorgesehenen Fälle vorliegt.

Hierfür zeugen §§ 8, 32, 39 u. 87a HO. § 8 bestimmt, daß die Staatskasse dem Berechtigten für hinterlegtes Geld und Zinsen haftet. § 32 besagt, daß die Staatskasse in den Fällen der §§ 30 u. 31 auf Grund eines besseren Rechtes zum Empfange nicht in Anspruch genommen werden kann. Hieraus folgt, daß sie in allen anderen Fällen dem besser Berechtigten verhaftet bleibt.

[346]) § 276 BGB; Haftung nur für diligentia quam in suis rebus — § 690 BGB. — würde nicht in Frage kommen, weil die Privathinterlegung keinesfalls unentgeltlich sein würde.

[347]) a. a. O. S. 50.

[348]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu Art. 77 EG. z. BGB.

§ 32 bezieht sich unmittelbar allerdings nur auf hinterlegtes Geld. Er gehört indessen zu den Bestimmungen, die sowohl auf die Hinterlegung anderer Gegenstände bei den Regierungen wie auf die Hinterlegung bei den Amtsgerichten Anwendung finden.[349]) Mit § 32 müssen auch die Schlüsse Anwendung finden, zu welchen derselbe Veranlassung gibt.

Unzweifelhaft gilt somit Kopfs Ausführungen gegenüber: „Der wahre Berechtigte ist nicht an den unberechtigten Empfänger oder den schuldigen Beamten zu verweisen, sondern er kann sich unmittelbar an die Staatskasse wenden, die kraft ihres Schuldverhältnisses zum Berechtigten ihn aus eigenen Mitteln zu entschädigen hat".[350])

Allerdings ist die Normierung solcher Haftpflicht an sich noch kein Argument für die privatrechtliche Auffassung. Man muß sich nämlich gegenwärtig halten, daß der Staat heute aus privatrechtlichen Verhältnissen für seine Vertreter und Erfüllungsgehilfen sowieso haftet.[351]) [352]) Die Haftpflichtübernahme in der Hinterlegungsordnung kann also aufzufassen sein sowohl als Anwendung des erwähnten, jetzt in §§ 31, 89, 278 BGB. niedergelegten privatrechtlichen Haftprinzips wie als Ausnahme von der publizistischen Haftmaxime, nach welcher der Staat aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen regelmäßig nicht haftet. Ich glaube indessen, daß man sich für das erstere entscheiden muß.[353]) Die in §§ 8, 32 HO. ausgesprochene Haftpflicht des Staates erscheint nicht als etwas Außerordentliches, nicht als Durchbrechung einer Staatsmaxime. Sie wird vielmehr als etwas Selbstverständliches ausgesprochen, als ein Grundsatz, den die Hinterlegungsordnung nicht erst aufstellt, sondern anwendet. Das ist der damals geltende preußisch-rechtliche Grundsatz über die privat-

---

[349]) vgl. §§ 39, 87a HO.

[350]) Bartels a. a. O. S. 61 Anm. 1 zu § 32 HO.

[351]) BGB. §§ 31, 89, 278.

[352]) Vor Inkrafttreten des BGB. war in Preußen eine Haftung des Staates aus privatrechtlichen Verhältnissen zwar für schuldhafte Handlungen seiner Vertreter (preuß. ALR. II, 6 § 82; vgl. Förster-Eccius a. a. O. Bd. 4 S. 673 nebst Anm. 62 daselbst) allgemein anerkannt, nicht aber auch für schuldhafte Handlungen bloßer Hilfspersonen (Förster-Eccius a. a. O. Bd. 4 S. 674 nebst Anm. 67 daselbst).

[353]) Übereinstimmend Beer S. 104 Mitte bis 105 Mitte; Förster-Eccius Bd. 2 S. 302 Mitte nebst Anm. 95; Rehbein Bd. 2 S. 311 oben; Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 204—208.

rechtliche Haftung des Staates, der durch §§ 31, 89, 278 BGB. abgelöst ist. — Die Haftungsfrage kann noch in einem anderen Sinne brennend werden: bei Unterschlagungen oder Diebstählen der Hinterlegungsbeamten. Haftet hier nur der Beamte gemäß § 839 BGB. oder haftet der Staat? Auch hier glaube ich die Haftung des Staates bejahen zu müssen. Auch hier muß der Gesichtspunkt entscheiden, daß der Berechtigte vor Schaden so geschützt sein muß, wie er bei einer Hinterlegung ins Privatgewahrsam sein würde.[354] [355]

Es sei das Resultat der Untersuchung in seiner Anwendung auf die Erfüllungshinterlegung noch einmal kurz zusammengefaßt:

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Hinterlegungsverhältnis in Ansehung seines gesamten materiellrechtlichen Inhalts sozusagen „wie ein privatrechtliches", nach Art eines solchen gestaltet. Hieran sind die Einzelstaaten gebunden, wenn ihnen im übrigen auch freigestellt ist, ihre Tätigkeit bei dem Hinterlegungswesen zu einer Regiminalfunktion zu erheben. Ein Verhältnis, das von dem Reichsrecht einem privatrechtlichen so nahe gebracht ist, muß schlechthin als ein solches gelten, wenn die berufenen landesgesetzlichen Instanzen, die sich ja nicht zu äußern brauchen, schweigen. Die preußische Landesgesetzgebung schweigt. Das Hinterlegungsverhältnis ist, für Preußen ausgeschlossen, also ein privatrechtliches.

§ 29.

B. Benennung des Hinterlegungsverhältnisses: das Hinterlegungsverhältnis als privatrechtlicher Verwahrungsvertrag und als Versprechen der Leistung an einen Dritten.

I. Als Handelnde sind an der Begründung des Hinterlegungsverhältnisses der Schuldner und die Hinterlegungsstelle beteiligt.

[354]) §§ 823, 831 BGB.

[355]) Übrigens müssen m. E. auch diejenigen Bundesstaaten, die das Hinterlegungsverhältnis wirklich zu einem publizistischen ausgestalten, inhaltlich die gleiche Haftung auf sich nehmen, wie sie hier geschildert ist. Darin repräsentiert sich für den Berechtigten gerade die Sicherheit, die die Reichsgesetzgebung mit der Hinterlegung an öffentlicher Stelle erreichen wollte. Zu den Punkten, über welche die Landesgesetzgebungen nach Art. 145 EG. z. BGB. nähere Bestimmungen treffen dürfen, gehört also die Haftungsfrage insofern nicht, als die geschilderte das Mindestmaß der zu übernehmenden Haftung ist.

Beide geben Willenserklärungen ab, die auf Entstehung von Rechten gerichtet sind. Jederseits liegt also ein Rechtsgeschäft vor, das in Richtung auf das des anderen Teiles vorgenommen wird. Das Zusammenwirken der beiderseitigen Willenserklärungen erzeugt die gewollten rechtlichen Wirkungen. Das Hinterlegungsverhältnis ist demnach ein privatrechtlicher Vertrag.

Der den Hinterlegungsstellen auferlegte Annahmezwang tut der Vertragsnatur keinen Abbruch. Der Annahmezwang ist den Einzelstaaten durch Reichsgesetz auferlegt. Gesetzgeber sein heißt, die Befolgung des inhaltlich festgestellten Gesetzentwurfes mit Wirkung für den gesamten Staat befehlen oder, wie man dies kurz ausdrückt, dem Entwurfe Sanktion erteilen.[356]) Dies geschieht im Deutschen Reiche durch den Bundesrat, das verfassungsmäßige Organ der Gesamtheit der deutschen Staaten.[357]) Sie nämlich sind, als ideelle Einheit gedacht, Träger der Staats- und damit der gesetzgebenden Gewalt im Reiche.[357]) Ihr Wollen verleiht also der Vorlage Gesetzeskraft. Hieraus ergibt sich: Ist der Einzelstaat zur Annahme der Hinterlegungsofferte gezwungen, so geschieht dies in Kongruenz mit seinem ein für allemal geäußerten Willen, ordnungsgemäße Hinterlegungsofferten anzunehmen. Im Grunde genommen liegt daher ein Zwang nicht vor, jedenfalls nicht ein rechtswidriger. Nur ein solcher wäre geeignet, ein Vertragshindernis abzugeben.[358]) [359]) [360])

Hinzuweisen ist ferner darauf, daß das Gesetz in großem Umfange die Parteien beim Abschluß eines Vertrages gewisse Wirkungen zu wollen oder nicht zu wollen zwingt, ohne daß ein solcher Antrags- oder Annahmezwang zu Einwendungen gegen die Vertragsnatur des entstehenden Rechtsverhältnisses Anlaß geben könnte.

II. Wie das objektive Privatrecht seinem Inhalte nach in das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachen-, Familien- und Erbrecht zerfällt, so lassen sich die privatrechtlichen Verträge in obligatorische, dingliche, familien- und erbrechtliche Verträge scheiden.

---

[356]) Laband a. a. O. Bd. 1 S. 108 Mitte bis 109 Mitte.

[357]) Laband a. a. O. Bd. 1 S. 115 oben u. 541 unten.

[358]) Beer a. a. O. S. 51 unten; § 123 BGB.

[359]) vgl. auch Czyhlarz in J. J. Bd. 13 S. 5, 18/19, 30/31, 46—50, 51.

[360]) Der rechtswidrige Zwang erzeugt einen Anfechtungsgrund.

Mit den beiden letzteren Vertragsarten hat der Hinterlegungsvertrag nichts zu tun. Auch ein dinglicher Vertrag kann nicht in ihm erblickt werden. Zwar erwirbt die Hinterlegungsstelle an hinterlegtem Gelde Eigentum, doch geschieht dies nicht kraft einer Einigung, sondern auf Gesetzesbefehl.[361]) Der Hinterlegungsvertrag ist somit den obligatorischen Verträgen beizurechnen, durch welche die Verpflichtung zu einer Leistung begründet werden soll.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt in dem Abschnitt „Einzelne Schuldverhältnisse" dem Verkehr eine Reihe von Schuldvertragstypen zur Verfügung, deren Benennung aus ihrem inhaltlichen Hauptzweck abgeleitet ist. Der Hinterlegungsvertrag ist unter eine dieser Vertragstypen zu bringen, wenn sich sein Inhalt hineinfüllen läßt. Als in Frage kommende Form bietet sich nur eine, der Verwahrungsvertrag.[362])

Durch den Verwahrungsvertrag übernimmt der Verwahrer die Verpflichtung, einen bestimmten, ihm ausgefolgten Gegenstand zu verwahren[363]) und später wieder herauszugeben,[364]) sei es an den Deponenten selbst, sei es nach dessen Weisungen an einen andern. Die Herausgabe ist die natürliche Erlöschungstatsache des Vertrages.

Auch die Hinterlegungsstelle nimmt, sieht man von der Geldhinterlegung zunächst ab, einen Gegenstand in Verwahrung und übernimmt die Verpflichtung, ihn demnächst, sei es an den Hinterleger, sei es an den Gläubiger, herauszugeben. Hinterlegungs- und Verwahrungsvertrag sind also inhaltlich kongruent, m. a. W. der Hinterlegungsvertrag ist ein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag.[365])

A. M. ist Beer.[366]) Er behauptet, die Verwahrung sei nicht Selbstzweck des Hinterlegungsvertrages, sondern nur Glied einer anderen, der Hauptverpflichtung der Hinterlegungsstelle: der Verpflichtung zur Auslieferung an den Gläubiger. Der Hinterlegungsvertrag sei daher kein Verwahrungs-, sondern ein privatrechtlicher Vertrag sui generis.

Allein es ist beim Verwahrungsvertrage gleichgültig, an wen die Herausgabe stattfindet, wenn sie nur nach dem Willen des

[361]) vgl. § 7 HO.
[362]) §§ 688 ff. BGB.
[363]) § 688 BGB.
[364]) § 695 BGB.
[365]) Übereinstimmend Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 295 unter 4.
[366]) a. a. O. S. 53—55, insbesondere S. 54 Mitte.

Deponenten erfolgt. Mit der Auslieferung an den Gläubiger wird nur ein besonderer Weg für die Beendigung des Verwahrungsvertrags verabredet. Zwar erhält der Gläubiger ein selbständiges Recht auf die Herausgabe, wie wir noch sehen werden. Aber auch darin liegt nichts Befremdliches, wenn einmal eine Herausgabepflicht an sich besteht. Außerdem kann der Gläubiger sein Recht auf Auslieferung wieder verlieren. Kraft welcher Ansprüche soll jetzt der Deponent die Sache in seine Hand zurückbringen, wenn nicht eben kraft der Ansprüche aus dem Verwahrungsvertrage? Ferner muß m. E. der Hinterlegungsvertrag so charakterisiert werden, daß seine Grundform auch für die andern Arten der Hinterlegung paßt, die Hinterlegung zwecks Sicherheitsleistung und zwecks sicherer Aufbewahrung. Mit der Annahme eines Verwahrungsvertrages erreicht man das ohne Schwierigkeit.

Der Fall der Geldhinterlegung wurde der Besprechung vorbehalten. Bei ihr kann von einer eigentlichen Verwahrung keine Rede sein, weil das hinterlegte Geld in das Eigentum des Staates fällt und von diesem verbraucht wird. Auch hier hilft das Bürgerliche Gesetzbuch mit einer Vertragstype aus. Man hat das depositum irregulare, ein darlehnsähnliches Verhältnis vor sich, welches § 700 BGB. dem Rechtsverkehre zur Verfügung stellt: „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehn Anwendung". An die Stelle der Herausgabe in specie tritt die Herausgabe in genere; der Hinterleger hat statt des Herausgabeanspruchs einen Anspruch auf Eigentumsübertragung von tantundem.[367])

Die Einzelausgestaltung, die das Bürgerliche Gesetzbuch seinem Depositum und depositum irregulare gibt, findet freilich auf den Hinterlegungsvertrag eine wahllose Anwendung nicht. Die Bestimmungen der Hinterlegungsordnung gehen vor; auch wirken die dem Gläubiger eingeräumten Rechte modifizierend. Nicht darf z. B. auf § 690 (betr. die beschränkte Haftpflicht des Depositars bei unentgeltlicher Verwahrung) zurückgegriffen werden. Doch büßt der unentgeltliche Hinterlegungsvertrag den Charakter eines Verwahrungsvertrages deswegen nicht ein; denn auch bei unentgeltlicher Ver-

[367]) § 607 BGB.

wahrung kann der Verwahrer die Haftung für culpa levis übernehmen.

Endemann bestreitet das Vorliegen eines privatrechtlichen Verwahrungsvertrages, weil das Verhältnis seine Regelung ausschließlich durch die landesgesetzlichen Hinterlegungsvorschriften erfahre und daher keine der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Verwahrungsvertrag zur Anwendung kommen könne.[368]) Indessen warum sollte man nicht ein landesgesetzlich ausgeprägtes Rechtsverhältnis als Verwahrungsvertrag ansprechen dürfen, wenn es sich begrifflich mit einem solchen deckt? Außerdem sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Verwahrungsvertrag zum Teil beim Hinterlegungsvertrage nicht zu entbehren, wie unten näher gezeigt werden wird.

Im einzelnen sucht Endemann nachzuweisen, der Deponent habe eine actio depositi gegen die Hinterlegungsstelle nicht: Zwar habe er nach § 376 Abs. 1 BGB. einen Anspruch auf Rücknahme, der aber sei kein Forderungsrecht, weil er nach § 376 Abs. 1 Nr. 1 einseitig — statt durch Erlaßvertrag (§ 397), — aufgegeben werden könne.[369]) Auch dem kann ich nicht beitreten. Wir werden sehen, daß der Schuldner in dem Recht zur Rücknahme auf ein Recht ganz bestimmter Art verzichtet, das mit seinen Rechten aus dem Verwahrungsvertrage nichts zu tun hat.[370])

III. Der Verwahrungsvertrag ist Realvertrag; er kommt zustande mit der Hingabe ins Depositum und wird beendet mit der Herausgabe. Wie schon ausgeführt, wird bezüglich der Beendigung des Hinterlegungsvertrages bei der Erfüllungshinterlegung etwas Besonderes vereinbart: der hinterlegte Gegenstand soll dem Gläubiger ausgefolgt werden. Doch auch Herausgabe an den Schuldner ist vorgesehen. Das ergibt § 376 Abs. 1, ohne daß hier auf den näheren Inhalt der angezogenen Bestimmungen eingegangen zu werden braucht.

Die Erfüllungshinterlegung soll dem Gläubiger die Schuldsache sichern und demnächst wirklich verschaffen. Diesem Zweckmomente wird sie nur dann gerecht, wenn der Gläubiger jenes Rücknahmerecht des Schuldners beseitigen kann. Dementsprechendes bestimmt

[368]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 818 Anm. 48 b.
[369]) Endemann a. a. O. S. 818 Anm. 48 b.
[370]) s. unten S. 100.

das BGB. in § 376 Nr. 2 (3): Die Rücknahme ist ausgeschlossen, „wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt". Was aber verschafft dem Gläubiger die Befugnis, den Schuldner aus seinem Rücknahmerechte herauszudrängen? Und wie gelangt er zu dem Hinterlegungsobjekte da, wo ein Rücknahmerecht nicht mehr zu beseitigen ist, nämlich nach erfolgtem Verzicht des Schuldners gemäß § 376 Nr. 1?

Blicken wir in das Gesetz: Die Hinterlegung ist nach § 372 eine Hinterlegung „für" den Gläubiger. Das kann nur heißen, daß der Gläubiger durch den Abschluß des Hinterlegungsvertrages ein Recht auf den hinterlegten Gegenstand erwerben soll.[371]) Die §§ 373, 380 u. 382 sprechen denn auch von dem Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache und beziehen sich dabei auch auf die Hinterlegungsfälle, in denen dem Schuldner das Rücknahmerecht noch zusteht. Dem Schuldner, der noch über das Rücknahmerecht verfügt, verschafft ferner die Hinterlegung bereits erhebliche Erleichterungen.[372]) Das wäre ohne ein Empfangsrecht auf der Gläubigerseite undenkbar. Der Gläubiger erwirbt somit, ohne selbst bei dem Hinterlegungsvertrage mitzuwirken, aus diesem ein selbständiges Recht zum Empfang der hinterlegten Sache, ein Recht so stark, daß er den Schuldner mit seinem Rücknahmerechte eliminieren kann. In dieser Richtung bedarf der Hinterlegungsvertrag einer besonderen Qualifikation.

Der Gläubiger erwirkt ein Recht zum Empfang der hinterlegten Sache, d. h. einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe gegen die Hinterlegungsstelle. Entsprechend erwächst der Hinterlegungsstelle eine obligatorische Verpflichtung. Es wird also durch den Vertrag zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle eine Leistung der Hinterlegungsstelle an den Gläubiger mit der Wirkung bedungen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Der Hinterlegungsvertrag kennzeichnet sich hierdurch als „Versprechen der Leistung an einen Dritten".[373])

---

[371]) Beer a. a. O. S. 59.
[372]) § 379 Abs. 1 u. 2 BGB.
[373]) § 328 BGB.

C. Die Rechtsstellung der am Hinterlegungsverhältnisse beteiligten Subjekte.

a) Die Rechtsstellung des Schuldners gegenüber der Hinterlegungsstelle, insbesondere das Rücknahmerecht des Schuldners.

§ 30.

α) Der Anspruch des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle auf Leistung an den Gläubiger — Begriff und Inhalt des Rücknahmerechtes.

I. Kann der Schuldner von der Hinterlegungsstelle selbständig Leistung an den Gläubiger beanspruchen? Ja. Nach § 335 BGB. „kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist, der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht". Der entsprechende Parteiwille ergibt sich beim Hinterlegungsverhältnisse aus dem Umstande, daß die Herausgabe an den Gläubiger vertraglich als Beendigungstatsache des Verwahrungsvertrages vorgesehen ist. Der Schuldner kann sie in dem gleichen Maße und aus den gleichen Gründen fordern wie der Deponent beim Depositum die Rückgabe.[374])

II. 1. Nach dem oben Gesagten kann der Schuldner dem Verwahrungsvertrag auch auf dem gewöhnlichen Wege ein Ende machen. Dadurch vermag er das Hinterlegungsobjekt wieder in seine Hand zu bringen. Doch ebenso hat der Gläubiger die Möglichkeit, sich den hinterlegten Gegenstand zuzuführen. Das Nebeneinanderbestehen dieser beiden Rechte hält Mühsam für einen Widerspruch in sich selbst. Er stellt daher den Satz auf: „Das Recht des Gläubigers entsteht erst, wenn der Schuldner das Recht der Zurücknahme verloren hat".[375]) Dem steht entgegen, daß der Gläubiger das Rücknahmerecht des Schuldners einseitig zerstören kann. Diese Befugnis setzt ein Recht zum Empfang notwendig voraus. Gewiß ist eine gleichzeitige Ausübung der beiden Rechte undenkbar. Ein Nebeneinanderbestehen aber ist logisch nicht zu beanstanden.

2. Befassen wir uns zunächst mit dem Rücknahmerechte des

---

[374]) Über die Verjährung dieses Anspruchs des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle auf Leistung an den Gläubiger s. unten S. 108 Anm. 409.

[375]) Mühsam a. a. O. S. 69 Mitte bis 70 Mitte.

Schuldners. Von ihm handelt § 376 Abs. 1 BGB., wo es sehr bündig heißt: „Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen".

Daß es sich bei dieser Bestimmung um Mittel und Wege handelt, welche dem Schuldner das Hinterlegungsobjekt wieder in die Hand bringen sollen, ist ohne weiteres ersichtlich. Ebenso begreiflich ist es, daß das Gesetz dem Schuldner zur Darbietung solcher Mittel und Wege gehalten war. Die Hinterlegung ist grundsätzlich ein dem Belieben des Schuldners überlassenes Recht. Der Schuldner muß daher auch nach der Hinterlegung in seinen Entschlüssen noch ungebunden sein, zumal sich die Dinge nunmehr oft ganz anders ausnehmen. Fraglich ist, welches gegenüber der konkurrierenden Berechtigung des Gläubigers der nähere Inhalt des Rücknahmerechtes aus § 376 Abs. 1 ist.

Nicht kann damit nur die actio depositi des Schuldners gemeint sein, d. h. der Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle aus dem Verwahrungsvertrage auf Herausgabe. Eine actio depositi brauchte dem Schuldner nicht erst eingeräumt zu werden. Sie ergibt sich aus dem Hinterlegungs- als Verwahrungsvertrage von selbst, tritt aber zunächst ganz von der Bühne ab. Schuldner und Hinterlegungsstelle haben sie ihrer lebendigen Kraft beraubt, indem sie als Aufhebungstatsache ihres Vertrages in erster Linie die Herausgabe an den Gläubiger vereinbarten. Der freien Ausübung der actio depositi steht also das Recht des Gläubigers im Wege. Soll die zeitig gelähmte actio depositi wieder zu voller Kraft gesunden, so bedarf es der Beseitigung der Ursachen ihrer Lähmung, m. a. W. der Beseitigung des Gläubigerrechtes. Kann somit der Schuldner nur durch Beseitigung des Gläubigerrechtes wieder zur hinterlegten Sache gelangen und soll ihm andererseits die Möglichkeit offenstehen, die hinterlegte Sache tatsächlich wieder in die Hand zu bekommen, so muß er zur einseitigen und willkürlichen Beseitigung des Gläubigerrechtes ex lege befugt sein. Das Recht, zurückzunehmen, besteht daher zunächst in der Befugnis, das Empfangsrecht des Gläubigers zu beseitigen. So wird auch die Terminologie des § 376 Abs. 1 klar. Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache „zurückzunehmen", d. h. er hat das Recht, alles zu tun, was notwendig ist, sie wieder an sich zu bringen. Das tut er, wie wir noch sehen werden, äußerlich in einer bestimmten einfachen Weise. Inhaltlich gehört dazu Beseitigung des

Gläubigerrechtes und Geltendmachung der dadurch frei werdenden actio depositi.

Messen wir dieses Ergebnis an den Prinzipien, die das Bürgerliche Gesetzbuch für Verträge auf Leistung an einen Dritten aufstellt. Die Großzügigkeit, mit welcher das Gesetz seine Lehre über das Drittleistungsversprechen behandelt, kommt auch in der Mannigfaltigkeit zum Ausdruck, die es für die Erscheinungsformen eines solchen Versprechens offen läßt. „In Ermanglung einer besonderen Bestimmung", heißt es in § 328 Abs. 2, „ist aus den Umständen, insbesondere dem Zweck des Vertrages zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen, und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern". Nicht nur vertragliche, sondern auch einseitige Aufhebung des Rechtes des Dritten durch den Versprechensempfänger ist vorgesehen; denn nach § 332 kann sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten, „ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen". Die Parteivereinbarung kann also dahin gehen, daß das Recht des Dritten in der einen oder der anderen Weise nur als widerrufliches entstehen soll.

Der Widerruf hat, allgemein gesprochen, durch Vertrag zwischen den Parteien zu erfolgen, wenn er gleichzeitig den Versprechenden befreit.[376]) Einseitiger Widerruf durch den Versprechensempfänger genügt, wenn, entsprechenden Vorbehalt vorausgesetzt, der Versprechende lediglich einem andern als dem bisher Berechtigten leistungspflichtig werden soll. Hier bedarf es keines Erlaßvertrages, weil der Versprechende nicht befreit wird.

Das Rücknahmerecht des Schuldners aus § 376 Abs. 1 ist ein Widerrufsrecht im Sinne des § 328 Abs. 2. Der Widerruf ist ein einseitiger: es bedarf weder eines Erlaßvertrages noch einer besonderen Neueinsetzung, weil die Hinterlegungsstelle dem Schuldner aus der wiederauflebenden actio depositi leistungspflichtig bleibt.[377])

3. Beer will einen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe erst dadurch entstehen lassen, daß der Schuldner „an die Stelle

[376]) § 397 BGB.

[377]) Hellwig, Verträge über Leistung an Dritte S. 445, 447, 448, 457; Müller a. a. O. S. 488.

des Gläubigers sich selbst setzt".[378]) Beer sucht seine Auffassung einmal aus der Terminologie des § 376 Abs. 1 darzutun.[379]) Das Gesetz würde, führt er aus, andernfalls gesagt haben: „Der Schuldner hat das Recht, die Rückgabe (Rückerstattung) zu fordern". Dieses Argument ist nicht überzeugend, wie Beer selbst nicht verkennt. Das Gesetz will mit der angezogenen Bestimmung lediglich zusammenfassend sagen, daß der Schuldner befugt ist, die hinterlegte Sache wieder in seine Hand zu bringen. Es überläßt die Feststellung dessen, was hierzu gehört, der Wissenschaft.

Der Schuldner könne, argumentiert Beer in Übereinstimmung mit der bereits berührten Meinung Endemanns[380]) weiterhin, vor der Ausübung des Widerrufsrechtes deswegen keinerlei Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle haben, weil er jenes durch einseitige Verzichterklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle aufgeben könne. Läge ein Forderungsrecht vor, so bedürfte die Verzichtleistung gemäß § 397 BGB. einer Annahme.[381]) Auch diese Beweisführung ist nicht zwingend. Gewiß genügt einseitige Erklärung zum Verzicht. Der Verzicht bezieht sich indessen gar nicht auf die actio depositi, sondern speziell auf das Recht, die Einsetzung des Gläubigers zu widerrufen. Ein Erlaßvertrag wäre nur notwendig, wenn der Verzicht der Hinterlegungsstelle eine restlose Schuldbefreiung eintrüge. Das ist aber nicht der Fall. Die Hinterlegungsstelle bleibt nach wie vor zur Leistung verpflichtet. Nur die Rechte des Schuldners erleiden eine Veränderung dahin, daß er jetzt nicht mehr nach Belieben Leistung an den Gläubiger oder unter Eliminierung des Gläubigers an sich, sondern vorläufig allein Leistung an den Gläubiger verlangen kann. Er entäußert sich lediglich der Befugnis, seine actio depositi selbsttätig von ihrer Lähmung zu heilen. Daß sie dennoch geheilt werden kann, wird noch festzustellen sein.

Auch in seinem dritten Beweisgrunde glaube ich mich Beer nicht unterwerfen zu können. Er stellt fest, daß das Rücknahmerecht aus § 376 Abs. 1 der Verjährung nicht unterliege. Es könne, folgert er hieraus, mit dem unverjährbaren Rücknahmerecht kein Anspruch des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle gegeben

[378]) Beer a. a. O. S. 65, 69 (53ff.); vgl. oben S. 93.
[379]) a. a. O. S. 67/68.
[380]) s. oben S. 95.
[381]) Beer a. a. O. S. 67/68.

sein. Dieser nämlich könnte der Verjährung nicht entzogen werden.[382]) Mit letzterem irrt Beer. M. E. ist die actio depositi der Verjährung entzogen, solange ihrer Geltendmachung das Gläubigerrecht entgegensteht.

Sie soll, wie wir gesehen haben, zunächst nicht geltend gemacht werden. Solange nicht der Schuldner widerruft, soll vielmehr Herausgabe an den Gläubiger erfolgen. Die Hinterlegungsstelle ist also berechtigt, dem Schuldner, der nicht erst das Gläubigerrecht beseitigt oder der gar sein Widerrufsrecht verloren hat,[383]) Herausgabe zu verweigern. Es findet daher § 202 Abs. 2 Anwendung: „Die Verjährung ist gehemmt, solange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist". Zwar versagt der Schutz des Berechtigten, wenn es nur an ihm liegt, das Weigerungsrecht des Verpflichteten zu zerstören (§ 202 Abs. 2 BGB.). Oberflächliche Betrachtung könnte zur Anwendung dieser Ausnahmebestimmung in unserem Falle verleiten. Ist doch der Deponent in der Lage, durch Erklärung des Widerrufs das Weigerungsrecht der Hinterlegungsstelle zu beseitigen. Aber beseitigt er es nicht, so tut er nichts Ungehöriges, während in den Fällen des § 202 Abs. 2 ein ungehöriges Verhalten des Berechtigten so lange vorliegt, als er nicht das Weigerungsrecht des Verpflichteten beseitigt.[384])

Gegen das Vorhandensein des hier behaupteten Herausgabeanspruchs des Schuldners vor Widerruf läßt sich allerdings noch ein schwerwiegender Einwand erheben: Die Hinterlegungsstelle würde dem Hinterleger die Herausgabe an ihn selbst anbieten und den zur Rücknahme nicht Gewillten gar in Annahmeverzug versetzen können! Doch läßt sich dieser Einwand aus zwei Gesichtspunkten entkräften. Zunächst kann die Hinterlegungsstelle doch nicht befugt sein, ihre Verpflichtung zur Herausgabe an den Gläubiger durch Erzwingung der Rücknahme von dem Schuldner beliebig aufzuheben. Sodann waltet ja zwischen Hinterlegungsstelle und Schuldner ein Verwahrungsvertrag ob, dessen Dauer stillschweigend an die der Veranlassung zur Hinterlegung geknüpft

[382]) Beer a. a. O. S. 68.

[383]) § 376 Abs. 2 BGB. Näheres über den Wegfall des Rücknahmerechts s. unten S. 103ff.

[384]) Eben das ungehörige Verhalten, welches das Weigerungsrecht des Verpflichteten erzeugte, z. B. Nichtbewirkung der Gegenleistung.

ist.[385]) Jenes Rücknahmeverlangen der Hinterlegungsstelle wäre also ein vorzeitiges und unberechtigtes.[386])

Es bleibt also dabei, daß eine Verjährung der actio depositi nicht stattfindet, solange das Gläubigerrecht besteht. Das läßt sich übrigens auch auf anderem Wege begründen. Die Hinterlegungsstelle verpflichtet sich zur Leistung an den Gläubiger. Sie erklärt sich einverstanden, daß erst nach Wegfall dieser Verpflichtung eine Herausgabe an den Schuldner in Frage kommen soll. Darin liegt ein Verzicht auf die Verjährung der actio depositi für die Zeit der Hemmung. Dieser Verzicht widerspricht nicht dem Verbot des § 225 BGB.,[387]) weil nach Wegfall des Gläubigerrechtes die actio depositi unbeschränkt der Verjährung unterliegt,[388]) und zwar mit Rückwirkung so, als wäre die Hemmung nicht eingetreten.[389])

Das Widerrufsrecht des Schuldners als solches andererseits ist seiner Natur nach einer Verjährung nicht unterworfen. Das stellt Beer richtig fest. Nicht aber ist ihm in seiner Folgerung hieraus (es könne noch kein Anspruch des Schuldners auf Herausgabe vorhanden sein) beizutreten. Die actio depositi ist eben, wie dargetan, an sich der Verjährung entzogen, solange das Widerrufsrecht und darüber hinaus überhaupt das Recht des Gläubigers neben ihr besteht.

4. Über den Weg, auf welchem das Widerrufsrecht auszuüben ist, gibt sein Inhalt Auskunft. Eine Zustimmung oder sonst eine Willensäußerung des Gläubigers kommt ebensowenig wie eine Willensbildung der Hinterlegungsstelle in Frage.[390]) Es bedarf nur einer Willensäußerung des Schuldners, welche der Hinterlegungsstelle den Widerruf vermittelt. Eine formal auf Widerruf lautende Erklärung wird man ihm nicht zumuten können. Die Erkenntnis des inneren juristischen Vorgangs wird sich ihm als Laien meist verschließen. Er ist sich bewußt, daß er „zurücknehmen" kann und daß hierzu — für Preußen gesprochen — ein Auszahlungs-

[385]) s. unten S. 115 Mitte.

[386]) vgl. § 696 BGB.

[387]) „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden."

[388]) Die Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre (§ 195 BGB.).

[389]) § 379 Abs. 3 BGB.; vgl. hierzu unten S. 116 oben.

[390]) vgl. Beer S. 71/72.

gesuch gemäß § 22 HO. erforderlich ist. In der Anbringung des Auszahlungsgesuches findet der Widerruf genügend erkennbaren Ausdruck.

III. Als Ganzes genommen stellt sich nach den vorstehenden Ausführungen das Recht zur Rücknahme aus § 376 Abs. 1 als das Recht des Schuldners dar, durch Anbringung des Auszahlungsgesuches bei der Hinterlegungsstelle den Widerruf zu erklären, hierdurch einerseits das Forderungsrecht des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle zu vernichten, andererseits sein eigenes aus dem Verwahrungsvertrage von den anhaftenden Fesseln zu voller Wirksamkeit zu bringen.

Die Geltendmachung der actio depositi tritt neben dem einmaligen Auszahlungsgesuche nicht mehr selbständig hervor. Sie ist mit der Widerrufserklärung in jenem enthalten. Dem Schuldner steht es natürlich frei, zunächst lediglich den Widerruf zu erklären und demnächst über seinen Herausgabeanspruch besonders zu verfügen.

§ 31.

β) Der Wegfall des Rücknahmerechtes.

Nach § 376 Abs. 2 ist die Rücknahme „ausgeschlossen:

1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;
2. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;
3. wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt".

In scheinbarem Gegensatze hierzu heißt es in § 382 a. E.: „Der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat". In Wirklichkeit liegt ein Widerspruch nicht vor. Unter der Rücknahme, die § 376 Abs. 2 ausschließt, ist eine Rücknahme zu verstehen, wie sie Abs. 1 des Paragraphen vorsieht. Ausgeschlossen ist also nur ein selbsttätiges Beseitigen des der actio depositi entgegenstehenden Gläubigerrechtes durch den Schuldner.

Verzicht des Schuldners und Annahme des Gläubigers sind beides Rechtsgeschäfte; denn sie sind auf Hervorbringung einer

rechtlichen Wirkung gerichtet. Beides sind empfangsbedürftige Willenserklärungen; denn sie müssen, um wirksam zu sein, der Hinterlegungsstelle zugehen.[391]) Beide Willenserklärungen haben für die Befreiungsrolle der Hinterlegung, wie wir noch sehen werden, grundlegende Bedeutung. Ebensowenig wie die Erklärung selbst vertragen daher diese Erklärungen eine Bedingung oder Befristung.[392]) Nur bei Hinterlegung unter Vorbehalt der Gegenleistung wird auch die Wirksamkeit dieser Erklärungen von dem Vorbehalte beeinflußt. Sie wird es nach rückwärts auch dann, wenn der Vorbehalt erst nach jenen Erklärungen ausgesprochen wird. Welcher Art diese Beeinflussung ist, wird mit den Befreiungswirkungen der Hinterlegung zu besprechen sein.[393])

Gegenstand des Verzichtes ist, wie bereits hervorgehoben, das Widerrufsrecht, nicht die actio depositi. Eine Verpflichtung des Schuldners, auf das Widerrufsrecht zu verzichten, besteht natürlich nicht. Nur in den Fällen, in denen der Schuldner zur Hinterlegung verpflichtet ist, muß die Hinterlegung von vornherein eine unwiderrufliche sein.[394]) Es kann nämlich nicht in das Belieben des Schuldners gestellt sein, die einmal wirklich getätigte Erfüllung einer Verpflichtung wieder zurückzuziehen, sofern nicht dazu ein besonderer Grund vorliegt.

Gegenstand der Annahmeerklärung des Gläubigers ist nicht das Empfangsrecht. Dieses ist kraft des Hinterlegungsvertrages bereits wohl erworben. Mit der Annahmeerklärung bekundet der Gläubiger zunächst nur, daß er von dem erworbenen Rechte Gebrauch machen werde. Begrifflich kann gegen eine solche Erklärung nichts eingewandt werden. Sie erscheint hier wie bei jedem Drittleistungsvertrage mit Rücksicht auf die Befugnis des Dritten, das ihm gewordene Recht zurückzuweisen,[395]) praktisch geboten. Hiernach konnte das Gesetz damit rechnen, daß der Gläubiger eine Annahmeerklärung regelmäßig abgeben werde. Es war also ein guter Griff, gerade sie zum Träger der Erklärung zu machen, mit welcher der Gläubiger das Widerrufsrecht des

[391]) § 130 Abs. 1 u. 3 BGB.; vgl. Beer a. a. O. S. 74, 75.

[392]) Hagenauer a. a. O. S. 55.

[393]) s. unten S. 154/55.

[394]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 236 Anm. 5 zu § 376.

[395]) § 333 BGB. Über die Zulässigkeit und Wirkungen solcher Zurückweisung bei der Hinterlegung vgl. Näheres unten S. 156.

Schuldners beseitigt. — Von der dinglichen Wirkung der Annahmeerklärung wird unten gehandelt werden.

Als dritte Tatsache, welche das Widerrufsrecht vernichtet, erwähnt das Gesetz die Vorlegung eines rechtskräftigen Urteils bei der Hinterlegungsstelle, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. Nicht das Urteil als solches, sondern erst seine Vorlegung hat die fragliche Ausschlußwirkung.[396]) Die Vorlegung muß natürlich durch eine zur Sache legitimierte Person, also den Gläubiger oder den Schuldner erfolgen. Das Urteil muß zwischen Gläubiger und Schuldner persönlich ergangen sein. Es „kann namentlich gegenüber einer Klage des Gläubigers auf Leistung des Schuldgegenstandes über die Einrede des Schuldners, daß er rechtsgültig hinterlegt habe, ergangen sein, nicht minder auf Grund einer Feststellungsklage des Schuldners".[397]) — Müller läßt auch ein Urteil genügen, das entsprechend der Klage des Gläubigers die Verpflichtung des Schuldners zu künftiger Hinterlegung ausspricht.[398]) Hiergegen wird man nichts einwenden können, zumal die herrschende Meinung nicht mit Unrecht in der Urteilsvorlage lediglich einen Rücknahmeverzicht oder eine Annahmeerklärung erblickt, je nachdem die Vorlage vom Schuldner oder vom Gläubiger ausgeht.[399]) Doch glaube ich, daß die Bedeutung des § 376 Abs. 2 Nr. 3 auf diese Weise nicht ganz erschöpfend gewürdigt wird. Beer weist zwar nach, daß eigentlich nur ein Rudiment aus dem 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegt, wo es auf eine Feststellung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung durch Urteil in ganz anderem Sinne ankam.[400]) Da sich die Bestimmung aber einmal im Gesetze befindet, muß immerhin versucht werden, ihr eine selbständige Bedeutung zu finden. Es ergibt sich nicht von selbst, daß durch Urteilsvorlage Verzicht oder Annahme erklärt werden kann. An sich würde die Vorlage nur eine Information der Hinterlegungsstelle sein. Erst durch § 376 Abs. 1 Nr. 3 erhält sie die Kraft, wie Verzicht oder Annahme zu wirken. Sie erspart den Beteiligten Abfassung und Abgabe umständlicherer Erklärungen. Sie kann sogar die Quelle einer unwillkommenen Überraschung für

[396]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 235 Anm. 2c zu § 376; Mot. Bd. 2 S. 90.
[397]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 315 III.
[398]) Müller a. a. O. S. 482.
[399]) vgl. Müller a. a. O. S. 483; Beer a. a. O. S. 75 unter III.
[400]) Beer a. a. O. S. 76.

den Schuldner sein. Es läßt sich nämlich der Fall denken, daß der Schuldner, die besondere Bedeutung der Vorlage nicht kennend, ein geeignetes Urteil der Hinterlegungsstelle einsendet, lediglich um zu deren Information ein Übriges zu tun. Er hat sich dann, ohne es zu wissen, selbst um sein Rücknahmerecht gebracht!

b) Die Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber der Hinterlegungsstelle.

§ 32.

α) Das Empfangsrecht des Gläubigers.

I. Der Gläubiger erwirbt, um bereits Gesagtes zu wiederholen, einen selbständigen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe gegen die Hinterlegungsstelle von solcher Kraft, daß er den Schuldner mit seinem Rücknahmerechte eliminieren kann. Soeben sahen wir, daß das Rücknahmerecht des Schuldners vorzüglich in dem Rechte lebendig ist, die dem Gläubiger verschaffte Empfangsberechtigung wieder zu beseitigen. Solange also das Rücknahmerecht noch besteht, droht dem Rechte des Gläubigers der Tod. Anders ausgedrückt: das Gläubigerrecht bleibt nur dann bestehen, wenn der Schuldner nicht zurücknimmt. Diese Beschränkung bildet kraft Gesetzes einen wesentlichen Inhaltsbestandteil des Vertrages zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle. Dem Vertrage ist also eine Bestimmung beigefügt, gemäß welcher die Fortdauer seiner rechtlichen Wirkung von dem Nichteintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig ist. Eine solche Bestimmung ist eine „Bedingung".[401]) Die Bedingung ist eine auflösende, weil der Eintritt des fraglichen Ereignisses die Wirkungen des Rechtsgeschäftes beseitigt. Sie ist eine negative, weil ein Bestimmtes nicht geschehen darf, wenn das Rechtsgeschäft Bestand haben soll. Sie ist endlich eine potestative, weil jeder der Beteiligten den Eintritt des auflösenden Ereignisses unmöglich machen kann, der Gläubiger durch Annahmeerklärung, der Schuldner durch Verzicht auf sein Rücknahmerecht.

II. Steht fest, daß die Bedingung, an welche der Fortbestand des Gläubigerrechtes geknüpft ist, sich erfüllt, d. h. daß der Schuldner nicht mehr zurücknehmen kann, so wird das Gläubigerrecht zu

[401]) vgl. Kaufmann a. a. O. Bd. 1 S. 153.

einem unbedingten. Dennoch ist auch das unbedingte Recht des Gläubigers nicht unsterblich.

Zunächst könnte man es als notwendige Entstehungsvoraussetzung des Gläubigerrechtes ansehen, daß dem Gläubiger das Forderungsrecht wirklich zusteht, dessen Erlöschen der Schuldner mit der Hinterlegung verfolgt. Das Gesetz läßt dieser Auffassung einigen Raum. Es ließe sich argumentieren: eine Hinterlegung, die „für den Gläubiger" erfolgt, kann nur derjenigen Person Rechte verschaffen, die Gläubiger ist. Dadurch würde aber die Hinterlegungsstelle in eine nicht zu billigende Unsicherheit über den Inhalt ihrer Verpflichtungen versetzt. Wir kommen also mit Kohler[402]) und andern zu dem Ergebnis, daß der als Gläubiger Benannte unter allen Umständen ein Empfangsrecht erwirbt. Ist er's nicht, so bietet das Rücknahmerecht dem Schuldner ein einfaches Mittel, sich seiner zu erwehren. Ist Rücknahme bereits ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Pseudo-Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Aufgabe des Empfangsrechtes zwingen.[403])

III. Eine wahre Todesursache des Gläubigerrechtes ist die mit § 382 vorgesehene Präklusion. Sie droht nicht nur bei der Hinterlegung von Geldbeträgen, eine Ansicht, zu der der Wortlaut des § 382 verführen könnte, sondern naturgemäß bei jeder Hinterlegung.[404]) Im einzelnen wird von ihr im folgenden Paragraphen der Abhandlung gehandelt werden.

§ 33.

β) Die Präklusion des Gläubigers.

I. Zum Verständnisse des § 382 ist die Bloßlegung des ihm zugrunde liegenden Zweckgedankens notwendig. § 382 lautet: „Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet . . ." Unter der Meldung ist eine

---

[402]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 233.
[403]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 238 Anm. 2 zu § 378.
[404]) vgl. Beer S. 79 ff.

Erklärung der Annahme zu verstehen.[405]) Die mitgeteilte Bestimmung will besagen: Für den Fall der Nichtmeldung tritt „an die Stelle der Verjährung des Anspruchs das Erlöschen desselben durch Ablauf der Präklusivfrist".[406]) Dem sich nicht meldenden Gläubiger verbleibt sein Recht bis zum Ablauf der Frist ungeschmälert. Dies scheint Beer zu verkennen, wenn er sagt: „Die Setzung der Präklusivfrist in § 382 schließt nicht aus, daß der Anspruch des Gläubigers aus dem Hinterlegungsvertrage vor Ablauf der Präklusivfrist verjährt ist".[407])

Darf die Hinterlegungsstelle wenigstens dem nicht präkludierbaren Gläubiger den Einwand der Verjährung entgegenhalten? Beer bejahte dies unbeschränkt in dem Umfange, daß schon der Abschluß des Hinterlegungsvertrages die 30jährige Verjährungsfrist in Lauf setze.[408]) Das kann nicht richtig sein. Die Präklusivfrist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger die Anzeige von der Hinterlegung empfangen hat, unter Umständen also erheblich später als nach Beer die Verjährungsfrist. Der Gläubiger kann sich nach Empfang der Anzeige darauf verlassen daß ihm, abgesehen von dem Widerrufe, sein Recht 30 Jahre lang ungeschmälert verbleibt. Nehmen wir nun an, er meldet sich am letzten Tage der Präklusivfrist. Die Verjährungsfrist wäre dann abgelaufen, weil sie früher begonnen hat. Nach Beer könnte dem Gläubiger der Verjährungseinwand schon jetzt entgegengehalten werden. Trotz rechtzeitiger Meldung würde es dem Gläubiger also nicht gelingen, das Hinterlegte zu bekommen. Die Bestimmung des § 382 wäre somit nicht nur überflüssig, sondern, anscheinend eine sichere Zeit des ungeschmälerten Rechtsbestandes verheißend, gefährlich, indem sie zu verderblicher Untätigkeit verführte.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß von einer Verjährung des Empfangsrechtes bis zur Meldung keine Rede sein kann. Erst die Meldung setzt die Verjährungsfrist in Lauf. Dann ist eine Kollision zwischen Verjährung und Präklusion ausgeschlossen, weil ja die Möglichkeit der letzteren durch die Meldung entfallen ist.[409])

---

[405]) vgl. Beer S. 86.

[406]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 244 Anm. 1 zu § 382.

[407]) a. a. O. S. 87 oben.

[408]) a. a. O. S. 86 unten.

[409]) Das Gleiche gilt für die Verjährung des Schuldneranspruches gegen die Hinterlegungsstelle auf Leistung an den Gläubiger; denn dieser Anspruch

Wie steht es aber mit einer Verjährung des ursprünglichen Obligationsanspruches des Schuldners gegen den Gläubiger? Ist Rücknahme ausgeschlossen, so macht das Erlöschen der Verbindlichkeit (§ 378 BGB.) die Frage nach ihrer Verjährung müßig. Einer Erörterungsfrage bedarf die Verjährungsfrage also nur für widerrufliche Hinterlegung.

Hier macht sie keine Schwierigkeiten, wenn die Hinterlegung dem Gläubiger gemäß § 374 Abs. 2 angezeigt worden ist. Mit solcher Hinterlegung betätigt der Schuldner dem Gläubiger gegenüber ein Anerkenntnis, welches gemäß § 208 BGB. die Verjährung unterbricht.[410])[411]) Die regelmäßige Folge der Unterbrechung ist die, daß die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht kommt.[412]) Eine Verjährung, die vor der Hinterlegung lief, wird also vollkommen beseitigt. Den Beginn einer neuen Verjährung knüpft das Gesetz an die Beendigung der Unterbrechung.[413]) Der Widerruf ist es in unserem Falle, der die Unterbrechung beendigt. Die Regel, daß nunmehr der Ablauf der vollen Verjährungsfrist abgewartet werden muß, erleidet aber eine Modifikation. Durch die Rücknahme werden die gesamten Wirkungen der Hinterlegung ex tunc beseitigt.[414]) Auch die Unterbrechung der Verjährung war eine Folge der Hinterlegung; auch sie gilt also als nicht eingetreten. Es wird daher die gesamte Zeit der Hinterlegung sowie die etwa vorher verstrichene Verjährungszeit in die jetzt einsetzende fortlaufend eingerechnet. Das Resultat entspricht der Billigkeit. Die Verjährung, zu deren Verhütung der Gläubiger nichts getan hat, würde ohne die Hinterlegung gleichweit vorgeschritten sein.

Fraglich ist, ob auch die nicht angezeigte Hinterlegung imstande ist, den Lauf der Verjährung hindernd zu beeinflussen. Beer spricht ihr die Fähigkeit sowohl zur Auslösung einer Hemmung wie zur Bewirkung einer Unterbrechung ab.[415]) Eine

---

geht materiell auf Ebendasselbe wie der Anspruch des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle. Wie er mit der Präklusion entfallen muß, so muß er auch dessen andere Behandlung teilen.

[410]) § 208 BGB.: Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch . . . anerkennt.

[411]) vgl. Beer a. a. O. S. 88 Anm. 1.

[412]) § 217 BGB.

[413]) § 217 BGB.

[414]) § 379 Abs. 2 BGB.

[415]) Beer a. a. O. S. 88 u. Anm. 1 daselbst.

Unterbrechung im Sinne des § 208, meint Beer, könne nicht vorliegen, weil das die Unterbrechung herbeiführende Anerkenntnis ein Anerkenntnis „gegenüber dem Gläubiger“ sein müsse, d. h. empfangsbedürftig sei. — Es wird unten gezeigt werden, daß man bei der Übereignungsofferte, welche der Schuldner dem Gläubiger mit der Hinterlegung stellt, von einem Zugehen in gewöhnlichem Sinne absehen muß. Die Hinterlegung schlägt die Verbindung zwischen Schuldner und Gläubiger ihrer Natur nach gerade, ohne in der Person des Gläubigers eine Stütze zu suchen. Ein Kenntnisnehmen des Gläubigers darf nicht zu einem wesentlichen Wirksamkeitserfordernis der Hinterlegung gemacht werden.[416]) Ich trage daher kein Bedenken, die Hinterlegung als solche auch als „Anerkenntnis gegenüber dem Gläubiger“ und die Verjährung durch die Hinterlegung in allen Fällen als unterbrochen anzusehen.

Jedenfalls aber scheint mir eine Hemmung einzutreten. Der Schuldner ist infolge der noch widerruflichen Hinterlegung vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt (§ 379 Abs. 1). Es findet also § 202 Abs. 1[417]) Anwendung. Demgegenüber stellt Beer, den Abs. 2 des § 202 verallgemeinernd, den Grundsatz auf, „daß der Schutz des Anspruchsberechtigten beim Entgegenstehen dilatorischer Einreden versage, wenn es nur an ihm liege, dieselben zu beseitigen“.[418]) Gegen diesen Grundsatz läßt sich nichts einwenden, wohl aber gegen seine Anwendbarkeit in unserem Falle. Ich sehe nämlich nicht, auf welchem Wege dem Gläubiger solche Beseitigung möglich sein soll, zumal bei einer Hinterlegung wegen subjektiver Ungewißheit. Durch Annahme der Leistung? Nein, „Leistung“ wird ihm ja gar nicht angeboten. Durch Annahmeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle? Nein, denn hierdurch beseitigt er nicht das Verweisungsrecht des Schuldners, sondern seine Forderung selbst, womit denn allerdings das Verweisungsrecht gegenstandslos wird.

M. E. bewirkt darum jede Hinterlegung wenn nicht eine Unterbrechung, so doch eine Hemmung in der Verjährung des ursprünglichen Schuldanspruchs, eine Hemmung, welche sich mit der Anzeige jedenfalls zu einer Unterbrechung verstärkt. Wie

---

[416]) Näheres s. unten S. 125 unten.

[417]) „Die Verpflichtung ist gehemmt, solange ... der Verpflichtete ... vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.“

[418]) Beer a. a. O. S. 88 u. Anm. 1 daselbst.

letztere, so wird auch die Hemmung durch die Rücknahme mit rückwirkender Kraft beseitigt, d. h. die Zeit der Hinterlegung wird in die Verjährungszeit eingerechnet.

Damit ist klar, daß der Schuldner durch die Hinterlegung der Vorteile der Verjährung verlustig geht. Der Gesetzgeber schuldete ihm Ersatz, denn dem Gläubiger kommt ein Schutz gegen Verjährung an sich nicht zu. Diesen Ersatz zu schaffen, ist Zweck des § 382.[419]) Es bleibt zu zeigen, daß und wie die Bestimmung ihren Zweck erfüllt.

II. Die Präklusion setzt voraus

1. Anzeige des Schuldners an den Gläubiger von der Hinterlegung;
2. Ablauf von 30 Jahren seit der Anzeige;
3. Nichtmeldung des Gläubigers, d. h. Unterlassen einer Annahmeerklärung.

Die beiden letzteren Voraussetzungen erfordern nähere Erörterungen nicht. Die Dauer der Präklusivfrist ist aus natürlichen Gründen der regelmäßigen Verjährungsfrist nachgebildet.[420]) Annahmeerklärung des Gläubigers beseitigt die Möglichkeit der Präklusion. Mit Fug. Gleichzeitig kommt ja das Bedürfnis nach einem Verjährungsersatz in Wegfall, denn durch die Annahmeerklärung erlischt das Widerrufsrecht und mit diesem die Schuld.[421])

Den Beginn der Präklusivfrist knüpft das Gesetz an die Anzeige von der Hinterlegung. Es ist hierin nicht unangefeindet geblieben. Man nennt diese Bestimmung unpraktisch und fehlerhaft[422]) unter dem Hinweis darauf, daß die Anzeige nach § 374 im Falle ihrer Untunlichkeit unterbleiben darf. Einige Schriftsteller wollen, um der sich ergebenden Schwierigkeit aus dem Wege zu gehen, die Präklusivfrist bei Untunlichkeit der Anzeige mit der Hinterlegung selbst beginnen lassen.[423]) Auch Planck hält dies für möglich in dem Maße, daß die Landesgesetzgebung eine diesbezügliche Anordnung zu treffen befugt sei.[424]) M. E.

[419]) Prot. Bd. 6 S. 165.

[420]) § 195 BGB.

[421]) §§ 376 Abs. 2, 378 BGB.

[422]) vgl. Müller a. a. O. S. 484, 485.

[423]) Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 241 Anm. 2 zu § 382; Schollmeyer a. a. O. Bd. 1 S. 319; Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 248 unter 3; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 318.

[424]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 245 Anm. 3 zu § 382.

würde das eine Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger sein. Wie sollte er sich gegen die Präklusion schützen, wenn er von der Hinterlegung nichts weiß?[425]) Auch bringt die Präklusion dem Schuldner ein so reiches Maß von Vorteilen — und zwar über die einer Verjährung hinaus —, daß er sich füglich den Beschwerden einer Anzeige unterwerfen muß. Er erreicht nicht nur unter allen Umständen seine Befreiung, selbst wenn die Hinterlegung eine widerrufliche blieb,[426]) sondern er „ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat".[427])

Die Konstruktion des soeben angeführten Rechtes des Schuldners ist nicht schwierig. Es ist der unmittelbare Ausfluß seiner Rechte aus dem Verwahrungsvertrage, es ist die actio depositi selbst, die durch den Ausfall des Gläubigers frei wird. Das trifft auch im Verzichtsfalle zu. Der Verzicht bezieht sich ja nur auf das Widerrufsrecht, nicht auf die Rechte des Schuldners aus dem Verwahrungsvertrage.[428])

Die Vorteile einer Verjährung würden weit geringer sein: Die Präklusion verschafft Befreiung, die Verjährung nur eine Einrede; irrtümliche Leistung nach Eintritt der Präklusion kann kondiziert werden, obgleich zurückgenommen ist, Erfüllung des verjährten Anspruches nicht.[429])

Man wird es bei diesen Mehrvorteilen also nicht für unpraktisch und fehlerhaft halten dürfen, wenn das Gesetz von dem Schuldner eine Anzeige verlangt. Befriedigen muß daher auch die zugehörige Bestimmung der preuß. HO. § 18 Abs. 3:

> „Die Hinterlegungsstelle hat den Schuldner unter Bezugnahme auf die Vorschriften des § 382 BGB. zu dem Nachweis aufzufordern, daß und wann der Gläubiger die im § 374 Abs. 2 BGB. vorgeschriebene Anzeige von der Hinterlegung empfangen hat. Wird der Nachweis nicht vor dem Ablauf von 3 Monaten nach der Aufforderung geführt, so ist die Hinterlegungsstelle ermächtigt, im Namen

[425]) vgl. auch §§ 1944, 1995, 2061 BGB., wo der gleiche Gedanke zum gesetzlichen Ausdruck kommt.

[426]) s. unten S. 156 unten, 157.

[427]) § 382 BGB. a. E.

[428]) s. oben S. 100.

[429]) § 222 Abs. 2 BGB.

und auf Kosten des Schuldners dem Gläubiger die Anzeige zu machen; die Aufforderung muß einen Hinweis auf diese Rechtsfolge enthalten".

Hier werden die Mühen der Anzeige dem Schuldner sogar abgenommen. Er hat lediglich die Kosten zu tragen, die regelmäßig geringfügig sein werden. Im übrigen kann der Schuldner auf sein Rücknahmerecht aus § 382 verzichten, wodurch in diesem Sinne die Notwendigkeit einer Anzeige entfällt. Die Hinterlegungsstelle wird keine Veranlassung haben, den Verzicht abzulehnen. Sie kann sodann durch Betätigung der Anzeige in eignem Namen die Präklusivfrist zu ihren Gunsten in Lauf bringen und nach Präklusion des Gläubigers ohne weiteres über den hinterlegten Gegenstand verfügen.

III. Der Gläubiger seinerseits kann, wie bereits gesagt wurde, die drohende Gefahr der Präklusion mit dem gleichen Mittel beseitigen, mit dem er das Widerrufsrecht des Schuldners zerstört: mit der Erklärung der Annahme. Hier taucht die Frage auf, ob dem Schuldner eine Möglichkeit der Rücknahme offensteht, wenn der Gläubiger zwar die Annahme erklärt hat, von seinem Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle aber dauernd keinen Gebrauch macht. Eine Präklusion tritt nicht ein, ein Rücknahmerecht aus § 382 ist also keinesfalls gegeben. Auch eine analoge Anwendung wäre nur denkbar, wenn das Empfangsrecht des Gläubigers trotz seiner Unwiderruflichkeit nach der Annahmeerklärung noch einer Veränderung zugunsten des Schuldners unterworfen wäre. Als Veranlassung zu solcher Veränderung könnte Verjährung und Ausschluß des Gläubigers durch ein von der Hinterlegungsstelle veranlaßtes Aufgebot in Betracht kommen. Beides kann indessen nicht zugunsten des Schuldners wirken. Es wäre widersinnig, der Hinterlegungsstelle dem Gläubiger gegenüber den Verjährungseinwand zu gestatten, damit sie dem Schuldner leisten muß; ein von der Hinterlegungsstelle zugunsten des Schuldners veranstaltetes Aufgebot aber gibt es nicht. Hieraus folgt, daß, abgesehen von einem Verzicht des Gläubigers, jede Möglichkeit der Rücknahme durch die Annahmeerklärung des Gläubigers ein für allemal entfällt.

Dieses Resultat wird durch die dingliche Wirkung der Annahmeerklärung bestätigt. Mit ihr nämlich geht das Eigentum an

der (in specie) hinterlegten Sache auf den Gläubiger über.[430]) Beläßt der Gläubiger nunmehr die Sache bei der Hinterlegungsstelle, so entsteht zwischen ihm und ihr ein neues, unmittelbares Vertragsverhältnis auf Verwahrung,[431]) während das Schuldverhältnis sowie der Verwahrungsvertrag zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle erlöschen. Im Erfolg hat der Gläubiger somit den Schuldgegenstand so nahe an sich gezogen, wie wenn er die unmittelbar angebotene Leistung angenommen hätte. Er ist nicht mehr „Gläubiger"; seine Nachlässigkeit in der Wahrung seiner Eigentumsrechte kann unmöglich zugunsten des gewesenen Schuldners wirken. Von einer Rücknahme kann keine Rede sein.

Ein Wort ist noch über den Fall zu sagen, daß der Gläubiger seine an sich unwiderruflich gewordenen Rechte durch Verzicht wieder aufgibt.[432]) Er kann dies, Annahme des Verzichts vorausgesetzt, zugunsten sowohl der Hinterlegungsstelle als des Schuldners. Ob ein Verzicht zugunsten des Schuldners die Tilgungswirkung der Hinterlegung beseitigt, ist Auslegungsfrage.[433]) Verzicht zugunsten der Hinterlegungsstelle beseitigt selbstverständlich die Tilgungswirkung der Hinterlegung nicht.

§ 34.

c) Die Rechtsstellung der Hinterlegungsstelle.

Die Hinterlegungsstelle nimmt die Rechtsstellung eines Verwahrers im Sinne §§ 688 ff. BGB. ein, soweit nicht der besondere Inhalt des Hinterlegungsvertrages (das Drittleistungsversprechen) modifizierend wirkt. Hiernach ist sie in erster Linie zur Aufbewahrung verpflichtet (§ 688). § 689, wonach der Verwahrer Vergütung verlangen kann, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist, bleibt von der Anwendung ausgeschlossen. Die Hinterlegungsstelle hat nur dann auf Vergütung Anspruch, wenn es durch Landesgesetz bestimmt ist. In Preußen ist das nicht der Fall. Die Haftung der Hinter-

[430]) Näheres s. unten S. 127/28.

[431]) Der Antrag zu diesem Verwahrungsvertrage liegt in der Annahmeerklärung, die Annahme des Antrages betätigt die Hinterlegungsstelle stillschweigend durch Annahme jener Erklärung.

[432]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 315 unten.

[433]) Planck, Komm. Bd. 2 S. 236 Anm. 4 zu § 376.

legungsstelle wurde bereits besprochen. Der Aufbewahrungsort richtet sich nach Landesgesetz.

Zu voller Anwendung kommen §§ 693, 694: Die Hinterlegungsstelle kann Ersatz der Aufwendungen verlangen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten darf;[434]) der Deponent haftet ihr für den durch das Hinterlegungsobjekt verursachten Schaden, wenn er nicht nachweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kannte noch kennen mußte, oder daß er sie der Hinterlegungsstelle angezeigt, oder endlich daß diese sie ohne Anzeige gekannt hat.

Für die Dauer der Verwahrung ist insofern eine Zeit bestimmt, als die Hinterlegungsstelle erst nach Wegfall der Veranlassung zur Hinterlegung Befreiung von weiterer Verwahrung verlangen kann.[437]) Das kann sie, sobald der Schuldner widerrufen, der Gläubiger Annahme erklärt hat oder präkludiert ist, spätestens also nach rund 30 Jahren Hinterlegungszeit. Bei Widerruf und Präklusion ist der Schuldner zur Entnahme verpflichtet,[435]) bei Annahmeerklärung des Gläubigers[436]) dieser. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt dem Verwahrer das Recht, vorzeitig Rücknahme zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Prinzipiell hat auch die Hinterlegungsstelle dieses Recht; doch wird höchstens eine gefahrdrohende Eigenschaft des Hinterlegungsobjektes einen Grund abgeben können.

Wie oben ausgeführt wurde, findet eine Verjährung der actio depositi des Schuldners vor dem Wegfall des Gläubigerrechtes,[438]) eine Verjährung des Empfangsanspruchs des Gläubigers vor der Annahmeerklärung[439]) nicht statt. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird hier deutlich: Solange die Hinterlegungsstelle selbst Rücknahme nicht verlangen kann, solange auch können die entsprechenden gegen sie gerichteten Ansprüche auf Rück- und Herausgabe einer Verjährung nicht unterliegen.

---

[434]) vgl. § 42 HO.

[435]) § 696 BGB.

[436]) Kraft des stillschweigend durch die Annahmeerklärung und deren Entgegennahme zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle entstehenden Verwahrungsvertrages; vgl. oben S. 114 oben.

[437]) vgl. oben S. 101 unten.

[438]) vgl. oben S. 101.

[439]) vgl. oben S. 108.

Soweit Verjährung zulässig ist, ist sie nur in Ansehung der actio depositi und auch hier nur im Widerrufsfalle von wirklichem Vorteil. Im Widerrufsfalle nämlich gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt, d. h. die „Hinterlegung für den Gläubiger". Das Verhältnis zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle ist daher so anzusehen, als wäre nur ein Verwahrungsvertrag zwischen den Genannten geschlossen worden. Entsprechend gilt die Verjährung des Herausgabeanspruchs als mit seiner Entstehung in Lauf getreten; die Zeit der Hinterlegung wird eingerechnet.

Anders, wenn das Gläubigerrecht durch Präklusion erlischt. Hier kann von einer Einrechnung der Hinterlegungszeit in die Verjährungszeit für die actio depositi keine Rede sein; die Verjährung beginnt erst mit der Präklusion. Die Hinterlegungsstelle bleibt also noch weitere 30 Jahre uneingeschränkt zur Leistung verpflichtet. Das Verhältnis zwischen ihr und dem Schuldner erstreckt sich möglicherweise also auf eine Dauer von 60 Jahren. Ebensolange kann sich das Verhältnis hinziehen, wenn eine Verjährung des Empfangsanspruchs des Gläubigers in Frage steht: die Annahmeerklärung, welche die Verjährung in Lauf setzt, kann ja erst kurz vor Ablauf der Präklusivfrist erfolgt sein.

Auf eine so wenig brauchbare Verjährung durfte die Hinterlegungsstelle nicht angewiesen bleiben. Art. 145 EG. z. BGB. bestimmt daher: „Die Landesgesetze können . . . vorschreiben . . ., daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablauf einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zugunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt erlischt". Die Landesgesetze können aber mit ihren Verfallvorschriften nur an eine Hinterlegung von mindestens 30jährigem Bestande anknüpfen, weil der Gläubiger unbeschadet solange mit der Annahmeerklärung warten kann.[440]) Für den Präklusivfall muß außerdem dem Schuldner die Rücknahme noch mindestens 1 Jahr lang nach Eintritt der Präklusion gestattet bleiben.[441]) Die Verfallfrist ist also hier auf mindestens 31 Jahre bemessen.

In Preußen ist die Hinterlegungsstelle befugt, die sämtlichen Berechtigten regelmäßig nach Ablauf von wenig mehr als 30 bezw.

---

[440]) vgl. § 382 BGB. und oben S. 108; Prot. Bd. 6 S. 165; a. M. anscheinend Köhler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 230 unten.

[441]) Art. 145 Abs. 1 a. E. EG. z. BGB.

31 Jahren[442]) im Wege des Aufgebotsverfahrens zugunsten der Staatskasse ausschließen zu lassen.[443]) [444])

[442]) §§ 58, 58a, 53, 10 Abs. 2, 63, 64 HO.

[443]) §§ 60, 62, 69 HO.

[444]) Die Dauer einer Hinterlegung bis zur Zulässigkeit des Aufgebots kann im allgemeinen, sehen wir zunächst von den Besonderheiten bei der Erfüllungshinterlegung ab, eine bis zu 60jährige sein. Es ist zu unterscheiden zwischen der Hinterlegung von Geld in Höhe von 30 Mk. oder mehr und der Hinterlegung im übrigen. Bei der ersteren kann das Aufgebot 20 Jahre nach Einstellung der Verzinsung beantragt werden (§ 58 HO.). Die Einstellung der Verzinsung erfolgt in der Regel nach rund 10 Jahren Hinterlegungszeit (§§ 10, 53 HO.). Es ergibt sich also eine Mindestfrist von 30 Jahren für das Aufgebot. Die Einstellung der Verzinsung unterbleibt auf Antrag eines Beteiligten zu der Wirkung, daß mit einem bestimmten Tage nach dem Antrage eine neue Verzinsungsperiode von 10 Jahren beginnt (§ 54 HO.). Wird der Antrag kurz vor Beendigung der ersten Zinsperiode gestellt, so erfolgt die Einstellung der Verzinsung also erst nach rund 20 Jahren Hinterlegungszeit. Hierzu die Wartezeit von 20 Jahren (§ 58 HO.) ergibt eine rund 40jährige Hinterlegungszeit als Voraussetzung für das Aufgebot. Der Wiedereintritt der Verzinsung kann aber auch n a c h erstmaliger Einstellung beantragt werden (§ 55 im Zusammenhang mit §§ 54 u. 53 HO.). Nur muß der Antrag vor Ablauf von 20 Jahren nach der ersten Einstellung erfolgen, weil mit Ablauf dieser Zeit das Aufgebot an sich bereits zulässig sein würde. Immerhin ist der Antrag rechtzeitig, wenn er am letzten Tage jener 20 Jahre gestellt wird. Denn setzt sich die Hinterlegungszeit wie folgt zusammen: erste Verzinsungsperiode 10 Jahre, zinslose Zeit rund 20 Jahre, zweite Verzinsungsperiode 10 Jahre, Wartezeit 20 Jahre, zusammen rund 60 Jahre. Bei der Hinterlegung von Geldbeträgen unter 30 Mk. und von anderen Objekten beträgt das Minimum der Hinterlegungszeit ebenfalls rund 30 Jahre (§§ 63, 64 HO.). Das Maximum beträgt nur 50 Jahre. Hier nämlich kann die Fortdauer der Verwahrung vor Ablauf jener 30jährigen Frist zu der Wirkung beantragt werden, daß mit einem bestimmten Tage nach dem Antrage eine neue 20jährige Verwahrungszeit beginnt, mit deren Ablauf das Aufgebot zulässig ist (§ 65 HO.). Die Maxima der Hinterlegungszeit erfahren bei der Erfüllungshinterlegung eine Modifizierung. Zunächst sind schon die Verlängerungsanträge an sich beschränkt. Ihnen wird grundsätzlich nur dann stattgegeben, wenn die Fortdauer der Veranlassung zur Hinterlegung nachgewiesen wird (§§ 54, 55, 65 HO.). Dem Gläubiger sind solche Anträge daher nur in geringem Umfange möglich. Er müßte sich als Gläubiger bei der Hinterlegungsstelle melden und legitimieren. Hierin würde meist bereits eine Annahmeerklärung liegen. Damit aber würde die Veranlassung zur Hinterlegung fortfallen. Aus ähnlichem Grunde sind dem Schuldner Verlängerungsanträge versagt, nachdem er widerrufen oder der Gläubiger die Annahme erklärt hat. — In jedem Falle aber verfügt die Hinterlegungsstelle, mag auch ein wirksamer Verlängerungsantrag vorliegen, spätestens nach Ablauf von 30 Jahren Hinterlegungszeit über einen fälligen Anspruch, kraft dessen sie sich von weiterer

Unter Umständen bleibt ihr das Aufgebot sogar erspart. Das ist z. B. der Fall, wenn der Schuldner, die Kosten der Anzeige scheuend, auf sein Rücknahmerecht aus § 382 zugunsten der Hinterlegungsstelle verzichtet und letztere die Anzeige in eignem Namen betätigt hatte. Dann wirkt die Präklusion, wie wir gesehen haben,[445]) zugunsten der Hinterlegungsstelle. Eines Aufgebotes bedarf es hier nicht, weil beide Beteiligten ihre Rechte verloren haben. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach erfolgter Annahmeerklärung zugunsten der Hinterlegungsstelle verzichtet hat.

Verwahrung befreien kann (vgl. oben S. 115). Zu dieser Zeit nämlich hat entweder der Schuldner widerrufen, bezw. der Gläubiger ist präkludiert: dann geht der Anspruch gegen den Schuldner; oder es hat der Gläubiger angenommen: dann geht der Anspruch gegen den Gläubiger. Der Anspruch wird fällig je nachdem durch den Widerruf, die Annahmeerklärung oder die Präklusion. Damit fällt die Veranlassung zur Hinterlegung fort, von Weiterverzinsung oder Weiterverwahrung im Sinne der §§ 54, 55, 65 HO. kann keine Rede sein. Will man auch hier eine Wartefrist gemäß § 58 HO. verlangen, so würde sie jedenfalls sofort mit der Fälligkeit jenes Anspruchs beginnen, spätestens also mit der Präklusion. Die Gesamtzeit der Hinterlegung würde somit die Dauer von 50 Jahren nicht übersteigen. M. E. ist aber von einer Wartefrist in diesem Falle überhaupt abzusehen. § 58 HO. normiert die Wartefrist gerade mit Rücksicht auf die mögliche Fortdauer der Veranlassung zur Hinterlegung, dürfte also hier, wo der Wegfall der Veranlassung zur Hinterlegung feststeht, nicht in Frage kommen. Man wird vielmehr sagen müssen, daß das Aufgebot im Präklusionsfalle nach Ablauf von 31 Jahren Hinterlegungszeit, im Widerrufs- und Annahmefalle nach Ablauf einer 30jährigen Hinterlegungszeit zulässig ist. — Bei der Hinterlegung von Geldbeträgen unter 30 Mk. und anderen Objekten ist eine Wartefrist überhaupt nicht vorgeschrieben. Hier wird das Aufgebot unmittelbar mit dem Wegfall der Veranlassung zur Hinterlegung, wenn auch nicht vor Ablauf einer 30jährigen Hinterlegungszeit (§ 64 HO.), spätestens also nach 31 Jahren (in Anbetracht des Respektsjahrs zugunsten des Schuldners) zulässig. — Schuldbefreiung durch Hinterlegung ist der Hinterlegungsstelle natürlich versagt.

[445]) s. oben S. 113 oben.

2. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung, insbesondere die dingliche Rechtsstellung des Hinterlegungsgläubigers gegenüber anderen Gläubigern des Hinterlegungsschuldners.

§ 35.

A. Die Eigentumsverhältnisse nach der Hinterlegung und ihre Folgen. Bedeutung und Zweck des § 377 BGB. ihnen gegenüber.

Mit der Hinterlegung verfolgt der Schuldner seine Befreiung, aber auch die Befriedigung des Gläubigers. Zu letzterer gehört meist Eigentumserwerb an dem Hinterlegungsobjekt. Ihn herbeizuführen, hat die Hinterlegung allein nicht die Kraft, weil sie eine widerrufliche sein kann. Man gelangte sonst zu einem überflüssigen Anfall des Eigentums an den Gläubiger. Auch der Rücknahmeverzicht des Schuldners ist nicht geeignet, den Eigentumsübergang zu bewirken, wenngleich Hellwig[446]) dies annimmt; die Äußerung des Erwerbswillens[447]) würde mangeln.

Man mag sagen, das Gesetz könne durch Ausnahmebestimmungen das berührte Erfordernis ausfallen lassen. Dafür findet sich indessen kein Anhaltspunkt im Bürgerlichen Gesetzbuch. Wohl aber für das Gegenteil: Würde der Gläubiger durch die Tatsache der Hinterlegung Eigentümer, so wäre der von § 379 Abs. 2 angeordnete Gefahrübergang eine selbstverständliche Folge des Wechsels im Eigentume. Das Gesetz hätte dann zweifellos nicht diese Folge, sondern die Ursache ausgesprochen. Würde der Gläubiger durch den Rücknahmeverzicht Eigentümer, so würde das Gesetz in § 378 nicht sagen: der Schuldner wird befreit, wie wenn er „geleistet hätte". In dieser Terminologie kommt zum Ausdruck, daß der Schuldner nicht deswegen befreit ist, weil der Gläubiger befriedigt ist, sondern weil der Schuldner die Möglichkeit dieser Befriedigung, die Möglichkeit zum Eigentumserwerb gesetzt hat, den herbeizuführen Sache des Gläubigers ist.

Mithin verbleibt die hinterlegte Sache im Eigentum des Schuldners, bei der Hinterlegung in genere der Hinterlegungsstelle, bis der Gläubiger den Erwerbswillen kundgetan[448]) hat und der

[446]) Hellwig, Verträge über Leistung an Dritte S. 456.
[447]) vgl. § 929 BGB.
[448]) Endemann, Bürgerl. R. S. 811 Anm. 17.

erforderliche Publizitätszustand hergestellt ist, sofern es daran noch fehlen sollte. Das Hinterlegungsobjekt gehört nach der Hinterlegung zunächst noch zum beweglichen Vermögen des Schuldners. Mit diesem unterliegt es der Zwangsvollstreckung von dritter Seite. Der Zugriff eines Drittgläubigers würde das ganze Gebäude der Hinterlegung zum Einsturze bringen.

Auf so schwachem Grunde wollte aber das Bürgerliche Gesetzbuch die Erfüllungshinterlegung nicht stehen lassen. Es hat ihr mit § 377 einen Unterbau gegeben, an welchem Angriffe Dritter zunichte werden. § 377 lautet:

> „Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen.
>
> Wird über das Vermögen des Schuldners Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Rücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden".

Auch die Protokolle[449]) verbreiten sich in dem geschilderten Sinne über die ratio dieser Vorschrift: „Der Schuldner habe der hinterlegten Sache die Bestimmung gegeben, zur Befriedigung des Gläubigers zu dienen, und in diese Bestimmung dürfe der Drittgläubiger, dessen Recht durch sie nicht verletzt sei, nicht eingreifen ... Mit der Pfändung des Zurücknahmerechtes würde man andererseits einen Eingriff in die Rechtslage des Schuldners gestatten, z. B. könne Verwirkung einer Vertragsstrafe die Folge sein".

Beer[450]) nennt diese Ausführungen ein Konglomerat von Zweckmäßigkeitsgründen und Billigkeitsrücksichten, deren Stichhaltigkeit nicht anerkannt werden könne. „Denn", führt er aus, „wenn jemand einen Gegenstand für einen Anderen bestimmt, ihm denselben zugedacht hat, so ist nicht zu ersehen, warum das Dritten zum Nachteile gereichen solle, ehe die Bestimmung für den Gläubiger Formen angenommen hat, denen von Rechts wegen die Wirkung innewohnt, die Bestimmung auch gegenüber Dritten bindend zu machen." Aus ähnlichen Gründen sind auch andere Schriftsteller der Vorschrift des § 377 gram.[451])

[449]) Prot. Bd. 1 S. 353.

[450]) a. a. O. S. 93.

[451]) Hellwig, Verträge über Leistung an Dritte S. 458 Anm. 929; Müller a. a. O. S. 499.

Das Gesetz dürfte diesen Angriff nicht verdienen. Zu Unrecht wohl bezweifelt Hellwig[452]) m. E. die Möglichkeit, daß die Rücknahme durch Drittgläubiger den Schuldner eine Vertragsstrafe kosten könne. Kann doch der Gläubiger nach der Rücknahme durch den Drittgläubiger wiederum Leistung beanspruchen und den jetzt voraussichtlich zahlungsunfähigen Schuldner in Verzug setzen: die Vertragsstrafe ist verwirkt![453]) Beer kann sich an anderer Stelle selbst der Erkenntnis nicht entziehen, daß der § 377 der Billigkeit vollauf entspricht.[454]) Er muß sich in seiner Polemik gegen Hellwig mit guten Gründen selbst bekämpfen. Er rechtfertigt den § 377 nämlich aus dem Gesichtspunkte, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner hätte erfüllen können, die geschuldete Leistung schon längst empfangen haben würde und eines Schutzes um so mehr bedürfe, als er subjektiv nicht immer Veranlassung zur Hinterlegung gegeben habe. Hierin ist ihm durchaus beizutreten, ebenso Rehbein,[455]) wenn er die mit § 377 beliebte Regelung als „gerecht und billig" bezeichnet.

Daß ein Schutz des Gläubigers überflüssig ist, wenn er Eigentum erworben hat, ist klar. Um eine Übersicht über das Anwendungsgebiet des § 377 zu gewinnen, bedarf es also der Feststellung, wann und wie der Eigentumsübergang vonstatten geht.

§ 36.

B. Der Übergang des Eigentums an dem Hinterlegungsobjekte auf den Gläubiger und der Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers.

I. Der Übergangsprozeß gestaltet sich verschieden, je nachdem wer Übereigner ist. Bei der Hinterlegung in genere ist es die Hinterlegungsstelle, bei der in specie der Schuldner. Bei der ersteren bedarf der Eigentumsübergang keiner näheren Erörterung. Der Gläubiger erwirbt das Eigentum erst mit dem letzten Akte des Hinterlegungsvorgangs, der Herausgabe (Übergabe). Er erwirbt es kraft des Veräußerungswillens der herausgebenden Hinter-

[452]) Hellwig ebenda.
[453]) vgl. Beer a. a. O. S. 93 Anm. 1.
[454]) Beer a. a. O. S. 102.
[455]) Rehbein a. a. O. S. 313.

legungsstelle und seines Erwerbswillens, den er durch die Hinnahme erkennen läßt (Einigung).[456])

II. Bei der Hinterlegung in specie erwirbt der Gläubiger das Eigentum unmittelbar von dem Schuldner selbst. Daß die allgemeinen Regeln über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen einschlägig sind, wurde bereits nachgewiesen.

1. Die in § 929 BGB. neben der Einigung geforderte Übergabe kann, falls ein Dritter im Besitze der Sache ist, dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt (§ 931). Im Besitze der Sache ist die Hinterlegungsstelle.[457]) Zu prüfen ist daher, ob § 931 in dem Hinterlegungsvorgange aufgeht. Bejaht wird dies von Kohler, Schwartz, Hellwig, Rosenberg, Müller und Hagenauer,[458]) verneint von Beer,[459]) der auf einem ganz anderen Wege geht. Beer sieht den Gläubiger als mittelbaren Besitzer im Sinne von § 868 BGB. an, weil die Hinterlegung zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle ein der Verwahrung ähnliches Verhältnis erzeuge. Er greift daher nicht zu § 931, sondern zu § 929 letzter Satz: es bedürfe, behauptet er, zum Eigentumsübergang nur einer Einigung.

So elegant diese Konstruktion ist, die Zustimmung muß ihr versagt werden, weil ihre Grundlage (kein Verwahrungsvertrag zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle) diesseits nicht für richtig gehalten werden kann. Prüfen wir die Besitzverhältnisse unter Zugrundelegung der diesseits vertretenen Theorie. Die Beendigung des Verwahrungsvertrages zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle soll durch Herausgabe an den Gläubiger erfolgen. Der Schuldner kann diese Art der Beendigung beanspruchen, kann sie aber auch ausschließen und Rückgabe dafür einsetzen. Der Herausgabeanspruch des Gläubigers gliedert sich also in den Verwahrungsvertrag zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle

---

[456]) Über den Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers in diesem Falle s. am Schluß des laufenden Paragraphen der Abhandlung.

[457]) vgl. § 854 BGB.

[458]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 192 unter IV; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 209—211; Schwartz a. a. O. S. 17; Hellwig, Vertr. ü. L. an Dritte S. 456, 354; Rosenberg a. a. O. S. 238; Müller a. a. O. S. 518; Hagenauer a. a. O. S. 73.

[459]) Beer a. a. O. S. 110.

ein. Er ist zwar selbständig, aber dennoch zu schwach, ein verwahrungsähnliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle zu erzeugen. Mittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 ist daher der Schuldner.[460])

Unter den Schriftstellern, die sich des § 931 bedienen, besteht wiederum eine Meinungsverschiedenheit. Kohler[461]) und — ihm folgend — Schwartz gehen in wörtlicher Anwendung vor. Nach ihnen vollzieht sich die Abtretung des Herausgabeanspruches ganz regulär durch Verschmelzung der Vertragselemente, Angebot und Annahme. Schwartz insbesondere sagt: Das Angebot ist die Hinterlegung selbst; es gelangt durch die Anzeige zur Kenntnis des Gläubigers und wird angenommen durch die Annahmeerklärung.

Hellwig[462]) sowie in seinen Spuren Rosenberg,[462]) Müller[462]) und Hagenauer[462]) halten dagegen dafür, daß eine eigentliche Abtretung nicht vorliege, auch überflüssig sei. Der Gläubiger erlange nach erfolgtem Rücknahmeverzicht des Schuldners den mittelbaren Besitz und das ersetze die Abtretung.

Auch nach der Kohlerschen Ansicht verliert der Schuldner durch den Rücknahmeverzicht den mittelbaren Besitz, doch soll hierdurch nicht der Gläubiger, sondern zunächst die Hinterlegungsstelle „Besitzer" werden.[463]) Damit ist indessen nichts gesagt, denn Besitzer, d. h. unmittelbarer, ist sie bereits.

Darin, daß der Schuldner durch Rücknahmeverzicht den mittelbaren Besitz verliert, geht Kohler aber mit der anderen Gruppe der genannten Schriftsteller einig. Hieran ist auch nicht zu zweifeln. Die Hinterlegungsstelle verwahrt, wenngleich der Verwahrungsvertrag zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle fortbesteht, jetzt ausschließlich, und dem Gläubiger herauszugeben. Das muß für die Besitzverhältnisse maßgebend sein. Jetzt ist ein der Verwahrung ähnliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle entstanden, der Gläubiger wird daher mittelbarer Besitzer.[464])

Dieses Resultat scheint ein außerordentliches zu sein mit Rücksicht darauf, daß der Gläubiger ohne Wissen und Willen Be-

---

[460]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 295 Bem. 4b.

[461]) s. Anm. 458 S. 122 der Abhandl.

[462]) s. Anm. 458 S. 122 der Abhandl.

[463]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 192 unter IV, 2.

[464]) Mit der Präklusion fällt der mittelbare Besitz auf den Schuldner zurück.

sitz erwirbt. Allein das Gesetz verlangt zum Besitzerwerb einen Besitzwillen des Erwerbers nicht unbedingt.

Unter bestimmten Voraussetzungen wird vielmehr an einer beweglichen Sache auch dann Besitz erworben, wenn sie ohne Wissen und Wollen des Erwerbers in dessen Bereich gelangt ist.[465]) Das ergibt § 854 Abs. 1 BGB.: „Der Besitz wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Das Gesetz verlangt nicht den animus possidendi, sondern begnügt sich mit dem „corpus" d. h. mit einem gewissen körperlichen Verhältnis des Erwerbers zur Sache.[466]) Freilich genügt nicht jedes Verhältnis. Es muß vielmehr ein so enges sein, daß man die Sache als im Machtbereich des Erwerbers befindlich ansprechen kann.[467])

Damit soll nicht gesagt sein, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Erwerbswillen als Erfordernis beim Besitzerwerb überhaupt gestrichen hat. Er ist vielmehr regelmäßig erforderlich, nur ausnahmsweise wird auf ihn verzichtet.[468]) Wo das der Fall ist, tritt an seine Stelle ein anderes, die „iusta causa" des Besitzerwerbs.[469]) Sie besteht darin, „daß das corpus von der Zuwendungsabsicht eines andern oder des Gesetzes getragen wird. Diese Zuwendungsabsicht bildet gewissermaßen das Surrogat des dem Erwerber selbst fehlenden Willens."[470])

Wenden wir das Gesagte auf die Hinterlegung an. Durch den Rücknahmeverzicht des Schuldners erlangt der Gläubiger das corpus: die Hinterlegungsstelle verwahrt ja für ihn.[471]) Das corpus wird von der Zuwendungsabsicht des Gesetzes sowohl wie der des Schuldners getragen. Die Zuwendungsabsicht des Schuldners ergibt sein Rücknahmeverzicht, die des Gesetzes geht aus der ratio des Institutes der Schuldhinterlegung hervor, als einem Mittel, das dem Gläubiger Befriedigung verschaffen soll.

Erwähnt mag noch werden, daß gerade beim Drittleistungs-

---

[465]) Zu dem Folgenden vgl. die lichtvollen Ausführungen Raapes a. a. O.; vgl. auch Strohal a. a. O. S. 87.

[466]) Raape S. 41.

[467]) Raape S. 42.

[468]) Raape S. 53.

[469]) Raape S. 51—55.

[470]) Raape S. 52 Mitte ff.

[471]) vgl. BGB. § 868.

versprechen ein Besitzerwerb ohne Besitzeswillen vielfach vorkommen wird. Wollte man die Möglichkeit solchen Besitzerwerbs leugnen, so würde der Vertrag auf Leistung an Dritte ein unfruchtbares Rechtsinstitut sein.

Mit dem Übergang des mittelbaren Besitzes auf den Gläubiger ist dem § 931 Genüge geschehen. Einer förmlichen Abtretung bedarf es nicht. Die Rechtslage der Beteiligten ist die gleiche, wie wenn förmlich abgetreten worden wäre. Der Erwerber hat mit dem Willen des Eigentümers den ausschließlichen Anspruch auf Herausgabe erworben.[472]) Er hat sogar, was nach § 931 nicht einmal nötig ist,[473]) den mittelbaren Besitz erworben, den der Eigentümer mit Willen an ihn verlor.

II. Die Seele des Übereignungsvorgangs ist die Einigung der Parteien über die beabsichtigte dingliche Rechtsänderung. Ihre Elemente, Erklärung des Übertragungswillens einerseits und des Erwerbswillens andererseits, lassen sich unschwierig aus dem Hinterlegungsvorgange herausfinden.

Die Hinterlegung muß, wie vorhin ausgeführt wurde, mit Rücksicht auf die von dem Schuldner verfolgte Befreiung dem Gläubiger die Möglichkeit voller Befriedigung setzen. Sie muß den Eigentumsübergang so weit vorbereiten, daß es nur noch des Zugreifens durch den Gläubiger bedarf. Sie muß m. a. W. dem Gläubiger das Recht verschaffen, sich durch Äußerung des Erwerbswillens zum Eigentümer zu machen. Kurz, die Hinterlegung selbst ist Übereignungsofferte: der Schuldner erklärt durch die Tat der Hinterlegung den Übereignungswillen, und in der fortdauernden Hinterlegung drückt sich sein animus tradendi dominii immer wieder von neuem lebendig aus.

Dabei ist die Offerte rechtswirksam als solche: sie braucht nicht erst dem Gläubiger zuzugehen. Es genügt, daß die Offerte zur Annahme für den Gläubiger fortdauernd bereitsteht. Gerade hier muß sich die Kraft unseres Erfüllungssurrogates zeigen. Die Hinterlegung soll die Lücke, welche die Passivität des Gläubigers in die den Schuldner zur Befreiung führende Straße gerissen hat, überbrücken. Dabei darf sie natürlich nicht mit einer Mitwirkung des Gläubigers arbeiten, und wäre diese noch so gering. Ein

---

[472]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 295 Bem. 4 b.

[473]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 207.

reguläres Zugehen der Einigungsofferte ist aber oft nur unter einer solchen Mitwirkung möglich, so, wenn der Gläubiger oder sein Aufenthalt unbekannt ist. Der Schuldner müßte hier auf Information des Gläubigers warten, ehe er ihm eine Erklärung zugehen lassen könnte.

Einen Beweis für das Behauptete bietet § 374 Abs. 2. Doch sei vorerst der Gegenmeinung das Wort gelassen. Die erwähnte Bestimmung fordert, daß der Schuldner im Regelfalle dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich anzeige. Schwartz, Müller und Hagenauer behaupten, daß erst mit dem Vollzug jener Anzeige eine wirksame Übereignungsofferte in der Welt sei.[474])

Die Genannten verkennen indessen nicht nur die surrogierende Kraft der Hinterlegung, sondern auch die angezogene Bestimmung selbst. Sie berücksichtigen nicht, daß die Anzeige bei Untunlichkeit unterbleiben kann und daß ein ungerechtfertigtes Unterlassen der Anzeige die Hinterlegung nicht unwirksam macht. Hieraus geht hervor, daß die Anzeige als Wirksamkeitserfordernis bei der Hinterlegung keine Rolle spielen kann.[475]) Kann sie es nicht im allgemeinen, so kann sie es auch nicht bei dem Angebot zur Einigung, andernfalls hätten wir wirksame Hinterlegungen teils mit und teils ohne wirksames Einigungsangebot. Weil aber jede Hinterlegung ein wirksames Einigungsangebot enthalten muß — sonst setzte sie ja nicht die Möglichkeit der Befriedigung —, so ist eben dieses Angebot in der Hinterlegung als solcher zu erblicken.[476])

Zwar wird ein Eigentumsübergang nicht erfolgen können,

---

[474]) Schwartz a. a. O. S. 17; Müller a. a. O. S. 519; Hagenauer a. a. O. S. 75. Schwartz beruft sich übrigens auf Kohler; indessen scheint er mir seine Ansicht in die Kohlersche hineinzuinterpretieren, denn Kohler sieht in der Hinterlegung als solcher eine wirksame Offerte, ohne Anzeige zu verlangen. Vgl. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 209.

[475]) s. oben S. 110 oben.

[476]) Nach Hagenauer (a. a. O. S. 75) kommt mangels Anzeige der abstrakte Übereignungsvertrag stillschweigend dadurch zum Abschlusse, daß die Hinterlegungsstelle die Annahmeerklärung des Gläubigers widerspruchslos entgegennimmt. In dieser Entgegennahme soll das nachträglich erklärte Angebot enthalten sein. Das kann nicht richtig sein. Hagenauer arbeitet mit einer rechtserzeugenden Willensbildung der Hinterlegungsstelle für den Schuldner. Die Hinterlegungsstelle ist aber nicht Vertreterin des Schuldners. Außerdem übersieht Hagenauer, daß der die Annahme erklärende Gläubiger bereits von der ihm gestellten Offerte Kenntnis haben muß, sonst könnte er sich nicht darauf erklären.

ehe nicht der Gläubiger von dem Angebot tatsächlich Kenntnis erhält. Wer ihm diese Kenntnis vermittelt, ist an sich gleichgültig.[477]) In der Regel soll es allerdings der Schuldner sein. Unterläßt er es zu Unrecht, so hat er für den Schaden, den der Gläubiger durch die Herausschiebung des Eigentumserwerbs erleidet, aufzukommen.

Kohler nennt die Hinterlegung eine „Traditionsofferte", eine Offerte nämlich, sowohl zur Abtretung des Herausgabeanspruches wie zur Einigung. Die hier vertretene Meinung stimmt mit der Kohlerschen insoweit überein, als in der Hinterlegung die Offerte zum Abschluß des dinglichen Übereignungsvertrages erblickt wird. Die Übergabe dagegen wird, wie gezeigt wurde, auf anderem Wege ersetzt. Diese Abweichung ist aber unbedeutend und greift jedenfalls nicht in das Prinzip der Kohlerschen Theorie. Überhaupt bleibt diese trotz mancher Angriffe[478]) m. E. unerschüttert.

Die Annahme der Offerte vollzieht sich — es wurde bereits vorweggenommen — dadurch, daß der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt. Wie das Angebot so ist auch die Annahme, was ihr Zugehen betrifft, nicht normal, denn der Schuldner erfährt nichts von der Annahme. Nicht, daß etwa die Hinterlegungsstelle in Vertretung des Schuldners die Annahmeerklärung des Gläubigers annähme! Die Tätigkeit der Hinterlegungsstelle ist eine von ihr dem Deponenten geschuldete Leistung, und niemand kann in und mit der ihm obliegenden Leistungshandlung eine Vertretungshandlung für den vollziehen, dem er die Leistung macht.[479]) Die Hinterlegungsstelle nimmt also die Annahmeerklärung des Gläubigers nicht im Namen des Schuldners, sondern in eignem Namen an, und zwar als Zerstörungsursache für das Widerrufsrecht des Schuldners sowie als Offerte zu einem Vertrage zwischen ihr und dem Gläubiger auf Verwahrung.[480])

---

[477]) In Preußen wird es oft die Hinterlegungsstelle tun; vgl. § 18 Abs. 3 HO.

[478]) vgl. z. B. den Angriff Müllers a. a. O. S. 475 ff. Dieser Angriff ist mißlungen, weil Müller in jedem seiner drei Verstöße (S. 476) gegen Kohler den Abschluß des Übereignungsvertrages mit dem Erwerb des obligatorischen Empfangsrechtes durch den Gläubiger verwechselt.

[479]) Wohl aber durch Annahme einer Leistung von sich selbst oder durch Tätigung einer Leistung an sich selbst im Namen des Vertretenen; vgl. § 181 BGB.

[480]) vgl. oben S. 114 oben.

Wenn sich an die Annahmeerklärung der Eigentumsübergang knüpft, so liegt die Ursache hierfür darin, daß der Schuldner auf einen Selbstempfang der Annahmeerklärung auf seine Übereignungsofferte verzichtet hat. Durch seine besonders geartete Offerte in Verbindung mit der Niederlegung des Schuldobjekts an dritter, jederzeit erreichbaren Stelle erklärt er: Gläubiger, nimm dir die Sache von dieser Stelle; bist du dazu willens, so erkläre dein Einverständnis nur an jener Stelle und du sollst Eigentümer sein.

Die Annahmeerklärung bewirkt den Eigentumsübergang auch dann, wenn der Schuldner auf sein Rücknahmerecht nicht verzichtet hatte. Den erforderlichen mittelbaren Besitz erwirbt der Gläubiger hier ebenfalls durch die Annahmeerklärung, weil ja auch diese den Herausgabeanspruch des Gläubigers zu einem ausschließlichen macht.

III. Aus dem Vorstehenden läßt sich der Zeitpunkt bestimmen, in welchem die Befriedigung des Gläubigers eintritt. Bei der Hinterlegung in specie erwirbt der Gläubiger mit der Annahmeerklärung die volle Rechtsherrschaft über das Hinterlegungsobjekt. Damit ist er befriedigt.

Auch bei der Hinterlegung in genere ist es die Annahmeerklärung, welche die Befriedigung des Gläubigers eintreten läßt. Dies sei in Kürze dargetan.

Von einer Einigungsofferte kann hier keine Rede sein, denn der Schuldner vergibt sein Eigentum an die Hinterlegungsstelle, von der es der Gläubiger unmittelbar erwirbt. Die treibende Kraft für den Eigentumserwerb des Gläubigers ist aber auch hier eine Offerte des Schuldners, die er mit der Hinterlegung dem Gläubiger stellt. Statt des Eigentums bietet er den ihm gegen die Hinterlegungsstelle zustehenden Anspruch auf Eigentumsübertragung von tandundem dem Gläubiger an. Von der Annahme der Offerte gilt das Gleiche wie bei der Hinterlegung in specie: die Annahme vollzieht sich durch Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle. Mit Vollendung der Abtretung verstärkt sich das Empfangsrecht des Gläubigers. Die Hinterlegungsstelle ist ihm jetzt nicht allein kraft seines Empfangsrechtes zur Herausgabe, sondern statt des Schuldners auch zur Übereignung verpflichtet. Hiermit muß der Gläubiger als befriedigt gelten.[481]) Es ist seine

[481]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 232 Mitte.

Sache, seine Ansprüche gegen die Hinterlegungsstelle geltend zu machen.

§ 37.

C. Die Unpfändbarkeit des Rücknahmerechtes.

I. In Richtung auf § 377 BGB. ergibt sich aus dem Vorstehenden: der Gläubiger bedarf des Schutzes gegen den Zugriff Dritter in allen Fällen bis zur Erklärung der Annahme; denn erst mit ihr hört das Hinterlegungsobjekt auf, zum Vermögen des Schuldners zu gehören. Hüten muß man sich aber, dieser Erwägung mehr als eine motivierende Kraft für eine entsprechende positive Gesetzesbestimmung beizulegen.

Ungleich viel weiter geht Kohler. Für ihn ergibt sich eine dingliche Verfangenschaft des Hinterlegungsobjektes zugunsten des Gläubigers aus der ratio der Hinterlegung als solcher.[482]) Folgen wir in Kürze seinem Gedankengange. Er geht davon aus, das Rücknahmerecht sei von Hause aus ein höchstpersönliches Recht des Schuldners, weil seine Ausübung das Wiederaufleben der Verbindlichkeit mit Wirkung gegen Dritte (nämlich Bürgen und Verpfänder) bewirke.[483]) Nur der Schuldner, kein anderer könne daher das Rücknahmerecht ausüben.[484]) Gleichzeitig sei das Hinterlegungsobjekt kraft eines unantastbaren Rechtes des Gläubigers, sich durch Annahme zum Eigentümer zu machen, „eine dem Schuldner entfremdete Sache", die ihrer natürlichen Rechtsbestimmung, Sache des Gläubigers zu werden, nicht entzogen werden dürfe.[485]) Das Hinterlegungsobjekt sei daher dem Gläubiger „verfangen".[486])

Kohler sucht seine Behauptung indirekt von der Wirkung aus zu beweisen, welche die Rücknahme für Dritte, z. B. einem Bürgen, habe. Indessen löst die widerrufliche Hinterlegung den Bürgen sowieso nicht aus der Haftung. Sie verschafft ihm nur das Verweisungsrecht des Schuldners aus § 379 Abs. 1 BGB., in dessen Verlust er sich aber fügen muß, wenn der Schuldner es verliert. Ebensowenig dürfte das Recht des Gläubigers, sich zum

---

[482]) Kohler ebenda S. 211 u. Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 193.
[483]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 223 oben.
[484]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 193 Nr. 3.
[485]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 211 Mitte.
[486]) Ebenda S. 212.

Eigentümer zu machen, als solches genügen, eine Verfangenschaft des Hinterlegungsobjektes zu bewirken. Jenes Recht hat der Gläubiger an sich nur kraft der Gebundenheit des Schuldners an seine Übereignungsofferte.

II. 1. Wir prüfen nunmehr, in welcher Weise das Empfangsrecht des Gläubigers durch § 377 die notwendige dingliche Verstärkung erhält. „Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen", sagt des Gesetz. Es spricht weder von dem Hinterlegungsobjekt noch von der actio depositi, sondern von dem Rücknahmerechte gemäß § 376 Abs. 1, dem Widerrufsrechte. Mit gutem Grunde. Die Erklärung des Widerrufs ist der einzige Zugang zu dem Hinterlegungsobjekt. Das Widerrufsrecht ist dasjenige Vermögensrecht, das praktisch den Vermögenswert des Hinterlegungsobjektes darstellt. Als Vermögensrecht ist es von Hause aus dem Zugriff Dritter unterworfen.[487]) § 377 verbietet diesen Zugriff, so daß kein Dritter zu dem Hinterlegungsobjekt vordringen kann. Der Gläubiger kann also in der Ausübung seiner Rechte nicht gestört werden: Das Recht auf Eigentumserwerb ist kraft § 377 ein unentziehbares.[488])

Außer Kohler vertreten noch andere Schriftsteller die Meinung, das Widerrufsrecht sei ein höchstpersönliches Recht des Schuldners oder es habe wenigstens durch § 377 den Charakter eines solchen erhalten.[489]) Als unpfändbar, argumentiert man, sei es nach § 400 BGB. auch unabtretbar. Richtig ist, daß es für sich allein, d. h. als Befugnis, die Widerrufserklärung abzugeben, nicht übertragen werden kann. Das folgt aber nicht aus § 400 BGB.; denn „§ 400 erklärt nicht schlechthin Rechte, sondern nur Forderungen für unübertragbar, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind".[490]) Es folgt vielmehr aus dem Zwecke des Widerrufsrechtes, dessen Ausübung die actio depositi zugunsten des Erklärenden frei machen soll. Von dieser Wirkung kann der Widerruf nicht getrennt werden. Gegen die Übertragbarkeit im Verein mit der actio depositi liegt kein Grund vor. Zweifellos könnte der Schuldner

---

[487]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 301 Bem. 1.

[488]) Jaeger a. a. O. S. 11 Anm. 29.

[489]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 193 Nr. 3; Planck, Komm. Bd. 2 S. 236 Bem. 1; Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 237 Bem. 1 Abs. 4 zu § 377; Kaufmann a. a. O. Bd. 2 S. 244 Bem. 1 zu § 377.

[490]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 301 Anm. 1 a zu § 377.

nach der Widerrufserklärung die actio depositi übertragen.[491]) Und „es dürfte auf Spitzfindigkeit hinauslaufen, dem Schuldner vor der Zession die Widerrufserklärung zur Pflicht zu machen".[492]) Auch bleibt die Schuld übertragbar,[493]) und ihr muß das Widerrufsrecht folgen, wenn der Schuldner nicht zuvor zurücknimmt.[494]) Ein höchstpersönliches Recht ist mithin in dem Widerrufsrechte nicht zu erblicken.[495])

2. § 377 gewährleistet dem Gläubiger also ein Recht auf dinglichen Rechtserwerb mit Ausschlußwirkung gegen Dritte. Als solches muß es füglich selbst dinglichen Charakter haben. Schwartz hält es für ein gesetzliches Mobiliarpfandrecht an dem Hinterlegungsobjekte zur Sicherung der Schuldforderung im Sinne des § 1204 BGB.[496])

Das Mobiliarpfandrecht verleiht dem Pfandgläubiger die Befugnis, wegen seiner Forderung Befriedigung aus der Pfandsache zu suchen.[497]) Es ist streng akzessorisch[498]): Der Verpfänder kann die dem Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen[499]) und dadurch die Durchführung des Pfandrechtes hindern. Nun steht dem Schuldner bei der widerruflichen Hinterlegung gemäß § 379 Abs. 1 eine Einrede gegen die Forderung zu.[500]) Läge wirklich ein Pfandrecht vor, so könnte der Schuldner in seiner Eigenschaft als Verpfänder kraft dieser Einrede der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfandrecht, also aus der Hinterlegung ein Veto entgegensetzen. Gewiß ein absurdes Resultat und vollends: das Mobiliarpfandrecht erlischt mit der Forderung;[501]) die Forderung erlischt bei der Hinterlegung durch den Rücknahmeverzicht.[502]) Als Pfandrecht würde also das Recht des

[491]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 316 Anm. 12.

[492]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 301 Anm. 1c zu § 377.

[493]) Nach § 415 BGB.

[494]) vgl. Hagenauer a. a. O. S. 79.

[495]) Gegen ein höchstpersönliches Recht auch Müller a. a. O. S. 503; Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 283 Anm. 18; Hellwig, Vertr. ü. L. an Dritte S. 461 ff.

[496]) Schwartz a. a. O. S. 33 ff.

[497]) § 1204 BGB.

[498]) §§ 1211, 1250, 1252 BGB.

[499]) § 1211 BGB.

[500]) Näheres hierüber s. unten S. 141 ff.

[501]) § 1252 BGB.

[502]) § 378 BGB.

Gläubigers ebenfalls durch den Rücknahmeverzicht erlöschen müssen.[503])

Diese Erwägungen beweisen, daß das Recht des Gläubigers aus § 377 nicht von der Forderung abhängig sein kann, sondern selbständig ist, mithin aus inneren Gründen kein Pfandrecht sein kann. Äußerlich ergibt ein Vergleich der §§ 372, 377 mit §§ 232, 233 BGB. das gleiche Resultat. Die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung verschafft dem Berechtigten allerdings ein gesetzliches Pfandrecht, aber nur kraft ausdrücklicher Bestimmung. Eine solche fehlt bei der Erfüllungshinterlegung, die demnach ein Pfandrecht nicht erzeugen soll.[504])

Dagegen möchte ich mich Schwartz darin anschließen, daß § 377 dem Gläubiger ein Absonderungsrecht gewährt.[505])

Was ist ein Absonderungsrecht? Das Recht, sich im Konkurse des Schuldners den Wert einer zur Masse gehörenden Sache unter Ausschluß anderer Gläubiger ganz oder zum Teil zuzuführen. Die Reichskonkursordnung v. 10. 2. 1877 in der Fassung gemäß der Novelle v. 17. 5. 1898 bestimmt in § 4, daß Absonderungsrechte nur in den von der Konkursordnung selbst zugelassenen Fällen vorliegen. Das behauptete Absonderungsrecht des Hinterlegungsgläubigers findet sich unter den von der Konkursordnung anerkannten allerdings nicht.[506]) Die Konkursordnung konnte aber die Normierung neuer Absonderungsrechte durch spätere Reichsgesetze nicht verbieten.[507]) Das Bürgerliche Gesetzbuch ist v. 18. 8. 1896, also lex posterior gegenüber der Konkursordnung, denn die Novelle zur Konkursordnung hat keine neue Konkursordnung geschaffen, sondern nur die alte abgeändert.[508]) Insbesondere entsprach § 3 KO. früherer Fassung wörtlich dem § 4 heutiger Fassung. Das behauptete Absonderungsrecht kann also dem § 4 KO. gegenüber wohl Geltung beanspruchen.

---

[503]) Schwartz sucht sich zwar durch die Behauptung zu helfen (S. 36), daß die Forderung durch den Rücknahmeverzicht nicht erlösche, weil der Gläubiger noch nicht befriedigt sei; es sei nur der Schuldner befreit. Dies dürfte indessen eine contradictio in adiecto sein.

[504]) Jaeger a. a. O. S. 423 Bem. 8.

[505]) Schwartz a. a. O. S. 32—33.

[506]) vgl. §§ 47—52, 221 KO.

[507]) Jaeger a. a. O. S. 400 Anm. 2 zu § 47 KO.; ein neues Abfindungsrecht findet sich z. B. auch in der GewO. § 85 a. E.

[508]) Schwartz a. a. O. S. 33 mittl. Abs.

Ein Absonderungsrecht liegt vor, weil der Hinterlegungsgläubiger sich den Wert des zur Masse gehörenden Hinterlegungsobjektes unter Ausschluß anderer Gläubiger zuführen kann.

Daß das Hinterlegungsobjekt dem Konkursbeschlage an sich unterworfen ist, ist bereits oben gesagt.[509]) Daran ändert auch § 1 Abs. 1 KO. nichts. Hiernach gehört zur Sollmasse das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung,[510]) nur unpfändbares bewegliches Vermögen unterliegt also nicht dem Konkursbeschlage. Unpfändbar ist aber lediglich das Widerrufsrecht, nur dieses ist somit konkursfrei, während das Hinterlegungsobjekt an sich Bestandteil der Sollmasse bleibt.[511]) [512])

Das Absonderungsrecht des Gläubigers ist kein akzessorisches Recht. Es teilt nicht die rechtlichen Schicksale der Forderungen, sondern ist im Gegenteil gegeben, um den Gläubiger von den Schicksalen der Forderung — Einrede und Erlöschen — unabhängig zu machen. Es ist darum nicht weniger ein Absonderungsrecht; denn Absonderungsrechte können akzessorisch sein, müssen es aber nicht.[513])

Ebensowenig steht entgegen, daß der Gläubiger sich den Wert des Hinterlegungsobjektes ganz durch unmittelbaren Eigentumserwerb zuführt. Eine Verwertung auf anderem Wege würde seinen Interessen nicht gerecht. Mit dem Eigentum erlangt er nicht mehr als ihm zukommt.

3. Sieht man das Recht des Gläubigers als Absonderungsrecht an, wofür auch Schollmeyer[514]) und Endemann[515]) ein-

---

[509]) vgl. oben S. 120 oben.

[510]) vgl. § 803 ZPO.

[511]) Jaeger a. a. O. S. 11 Anm. 29 zu § 1 KO.

[512]) Schwartz irrt übrigens, wenn er (S. 22/23) die Konkursfreiheit des Widerrufsrechtes gegenüber § 1 Abs. 4 KO. statt gegenüber Abs. 1 feststellt. Abs. 4 kann nicht in Frage kommen, denn er hat nicht die Mußpfändungsverbote, sondern das Sollpfändungsverbot des § 812 ZPO. im Auge, welches die Pfändung der dort bezeichneten Sachen dem Ermessen des Gerichtsvollziehers überläßt; vgl. Jaeger a. a. O. S. 8 Anm. 22 zu § 1.

[513]) Jaeger a. a. O. S. 400 Anm. 1 zu § 47 KO.

[514]) Schollmeyer a. a. O. S. 311.

[515]) Endemann, Bürgerl. R. S. 812 nebst Anm. 25 daselbst: „Die hinterlegten Sachen werden derart aus dem Vermögen des Schuldners abge-

treten, so erledigt sich die in der Literatur viel behandelte Frage, wie sich § 377 BGB. zu § 15 KO. verhält, von selbst.

Nach § 15 KO. können Rechte an Massesachen nach der Konkurseröffnung nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, während § 377 dem Hinterlegungsgläubiger das Umgekehrte gestattet. Diese scheinbar harte Kollision hat zu einer Reihe von Erklärungsversuchen geführt, die erheblich voneinander abweichen. Mit zerstörendem Schlage trennt z. B. Hellwig[516]) den Knoten dadurch, daß er dem § 377 die Anwendungsfähigkeit im Konkurse abspricht. Dies ist indessen kaum haltbar gegenüber der Erkenntnis, daß ein Schutzbedürfnis im Interesse des Gläubigers tatsächlich vorliegt. Man würde dem Gläubiger den Schutz gerade da entziehen, wo er seiner am dringendsten bedarf. Auch wehrt sich § 377 Abs. 2 gegen diese Auffassung, wenn er sagt, daß im Konkursfalle das Recht zur Rücknahme „auch" nicht vom Schuldner ausgeübt werden könne — also so wenig wie von den Konkursgläubigern (dem Konkursverwalter). Weiter auf die Kollisionsfrage einzugehen,[517]) dürfte sich erübrigen: § 15 KO. ist in unserem Falle zu jeder Anwendung untauglich, denn der Gläubiger erwirbt zwar nach der Konkurseröffnung an einer Massesache Eigentum, aber auf Grund eines dinglichen Rechtes, das er schon vorher besaß und das ihm gerade zu diesem Zwecke gegeben ist.[518])

Gleichfalls ist eine Kollision des § 377 BGB. mit § 7 KO. zu verneinen. Nach § 7 KO. sind Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Nichtsdestoweniger kann der Schuldner auch nach der Konkurseröffnung auf sein Rücknahmerecht wirksam verzichten.[519]) Das Rücknahmerecht ist eben „kein

---

sondert und mit dem des Gläubigers verstrickt, daß sie dem Zugriff seiner anderen Gläubiger entrückt sind".

[516]) Hellwig, Verträge über Leistung an Dritte S. 464ff.

[517]) Schwartz a. a. O. S. 27ff.

[518]) In dem Falle des § 51 KO. ist sogar der Erwerb eines Absonderungsrechtes erst nach der Konkurseröffnung vorgesehen: das Absonderungsrecht an einem erst zu ermittelnden Anteile des Gemeinschuldners an einer Gemeinschaft. Ebensowenig wie hier darf im Falle des § 377 BGB. an eine Kollision mit § 15 KO. gedacht werden.

[519]) Herrschende Meinung gegenüber Hellwig (S. 466ff. a. a. O.); vgl. Schwartz a. a. O. S. 39 Anm. 55.

durch den Konkurs vinkuliertes Vermögensaktivum".[520]) Der Schuldner führt nur einen Erfolg herbei, mit welchem die Konkursgläubiger sowieso zu rechnen haben; denn auch der Hinterlegungsgläubiger kann ihn herbeiführen.

Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß man der wahren Bedeutung des § 377 m. E. nur gerecht wird, wenn man ein Absonderungsrecht des Gläubigers annimmt. Man stelle sich vor, daß zur Zeit der Konkurseröffnung der Schuldner sein Rücknahmerecht bereits aufgegeben hat. Dann steht § 377 seinem Wortlaute nach nicht mehr zwischen den Konkursgläubigern und dem Hinterlegungsobjekt, das an sich zur Konkursmasse gehört. Wohl aber hindert das Absonderungsrecht den Zugriff. Mit dieser Auslegung ist dem § 377 die erforderliche Nachwirkung in die Zeit der unwiderruflich gewordenen Hinterlegung gesichert.

III. Die Vorschrift des § 377 Abs. 2 steht noch zur Besprechung: „Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Rücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden.

Die Rücknahme im Konkurse würde das Hinterlegungsobjekt in die Hand des Konkursverwalters bringen. Sie würde den Konkursgläubigern zum Vorteil gereichen, für die aber das Hinterlegungsobjekt nun einmal nicht bestimmt ist. Auch mit § 379 Abs. 3 würde eine Rücknahme während des Konkurses unvereinbar sein. Die Hinterlegung soll im Falle der Rücknahme gemäß der genannten Bestimmung als nicht erfolgt gelten, d. h. Schuldner und Gläubiger sollen sich in der Art gegenüberstehen, wie es vor der Hinterlegung der Fall war. Das aber ist im Konkursfalle unmöglich: die Rücknahme würde den Gläubiger zum Konkursgläubiger degradieren. Willigt der Gläubiger in die Rücknahme ein, so kann freilich zurückgenommen werden. Das Objekt fällt dann in die Masse.[521])

§ 38.

D. Zweckentsprechende Begrenzung der Unpfändbarkeit.

Den bisherigen Ausführungen war die Voraussetzung unterstellt, daß der Hinterlegungsgläubiger den ihm durch § 377 gewährten Schutz wirklich verdient, daß er wirklich Gläubiger ist.

[520]) Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 237 Anm. 3 zu § 377.

[521]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 302 Anm. 2 a. E. zu § 377.

Man unterstelle das Gegenteil. Wäre das Empfangsrecht auch hier unentziehbar, so könnte der Schuldner durch betrügerische Hinterlegungen nach Belieben Vermögensstücke seinen Gläubigern entziehen. Die Geschädigten wären darauf angewiesen, die Hinterlegung anzufechten oder die condictio des Schuldners zu pfänden. Eine condictio ist aber nur bei unwiderruflicher Hinterlegung denkbar,[522]) desgleichen also eine Pfändung der condictio. Anfechtung ist gegeben, wenn der Tatbestand eines der gesetzlichen Anfechtungsfälle vorliegt.[523]) Die Anfechtungstatbestände aber sind durchschnittlich eng begrenzt; man denke an die der Anfechtung gesetzten Fristen. Die fristlosen Anfechtungsfälle andererseits nötigen zu dem schwierigen Nachweise der conscientia fraudis.

Durch Pfändung der condictio oder Anfechtung der Hinterlegung wird sich also nur selten gegen die fraudulose Hinterlegung etwas ausrichten lassen. Suchen wir nach besseren Waffen.

§ 377 ist eine Zweckmäßigkeitsvorschrift zum Schutze des gerechtfertigten Interesses, das der Gläubiger an seiner Befriedigung, der Schuldner an seiner Befreiung hat. Cessante ratione legis cessat lex ipsa: Der Zugriff auf das Rücknahmerecht und das Hinterlegungsobjekt muß frei sein, wenn ein gerechtfertigtes Interesse an Befriedigung und Befreiung nicht oder nicht mehr vorliegt.

Derartige Fälle können in folgenden Formen Gestalt gewinnen:

I. Die Hinterlegung ist unrechtmäßig; die Unrechtmäßigkeit kann begründet sein
   1. durch Mängel betr. die Forderung, und zwar
      A. eine Forderung ist überhaupt nicht vorhanden (Scheinhinterlegung zugunsten einer nicht existierenden Person oder einer existierenden, die nicht Gläubiger ist);
      B. die zwar vorhandene Fordorung ist nicht hinterlegungsreif, z. B. nicht fällig oder gestundet;
   2. durch Fehlen eines gesetzlichen Hinterlegungsgrundes;[524])

[522]) s. oben S. 107 Mitte.

[523]) Außerhalb des Konkurses könnte die Anfechtung gestützt werden auf § 3 Nr. 1, 2, 3 u. 4, § 13 Nr. 1, 4 AnfG. (§ 30 Nr. 1 KO); innerhalb des Konkurses auf §§ 30, 31, 32 KO.

[524]) vgl. hierzu auch den laufenden Paragraphen der Abhandl. a. E.

3. durch Unrechtmäßigwerden der ursprünglich rechtmäßigen Hinterlegung.[525])

II. Das gehörig entstandene Recht des Gläubigers ist durch Präklusion entfallen[526]) oder bei der Hinterlegung aus § 75 ZPO. dadurch, daß keiner der Prätendenten obgesiegt hat.

III. Das gehörig entstandene Recht des Gläubigers ist durch Verzicht erloschen.

In allen diesen Fällen ist § 377 in seinem ganzen Umfange von der Anwendung ausgeschlossen. Im einzelnen ist die Rechtslage folgende:

I. Außerhalb des Konkurses.

1. Blieb die Hinterlegung widerruflich, so ist das Widerrufsrecht pfändbar.
2. Erfolgte Rücknahmeverzicht, so ist ein pfändbares Widerrufsrecht nicht mehr vorhanden. Gegenstand der Pfändung ist hier:
   A) falls der als Gläubiger Bezeichnete seine Nichtberechtigung anerkennt, die actio depositi (rei vindicatio) des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle;
   B) falls der als Gläubiger Bezeichnete auf seinem Empfangsrechte besteht, die condictio indebiti des Schuldners gegen den Gläubiger.
3. Hat der Gläubiger bereits Eigentum erworben, so ist zu unterscheiden, ob das Hinterlegungsobjekt noch bei der Hinterlegungsstelle ruht oder nicht. Objekt der Pfändung ist
   A) vor der Herausgabe, den Fällen unter Nr. 2 A[527]) und B entsprechend, falls der Gläubiger anerkennt, die actio depositi (rei vindicatio) des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle, sonst die condictio des Schuldners gegen den Gläubiger;

---

[525]) Wegfall des Hinterlegungsgrundes macht die Hinterlegung nicht unrechtmäßig, wenn nur zur Zeit der Hinterlegung ein gültiger Grund vorlag.

[526]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 230 Mitte.

B) nach der Herausgabe im Anerkennungsfalle[527]) die Sache selbst, andernfalls die condictio des Schuldners gegen den Gläubiger.

4. Hat der Schuldner eine nicht existierende Person als Gläubiger fingiert, so konnte ein Empfangs- und Widerrufsrecht überhaupt nicht entstehen. Die Hinterlegung ist dann ausschließlich Verwahrungsvertrag. Entsprechend kann nur die actio depositi (rei vindicatio) Pfändungsobjekt sein.

II. Im Konkurs.

1. Blieb die Hinterlegung widerruflich, so kann der Konkursverwalter — nicht der Schuldner[528]) — die Rücknahme erklären und das Hinterlegungsobjekt zur Masse ziehen.
2. Erfolgte Rücknahmeverzicht, so kann der Konkursverwalter das Hinterlegungsobjekt ebenfalls zur Masse ziehen, und zwar (vgl. Nr. I, 2 A und B)
   A) im Anerkennungsfalle durch Geltendmachung der actio depositi (rei vindicatio) gegen die Hinterlegungsstelle;
   B) im Bestreitungsfalle durch Geltendmachung der condictio indebiti gegen den Gläubiger.
3. Hat der Gläubiger bereits Eigentum erworben, so gilt das unter Nr. I, 3 Gesagte entsprechend. Nur tritt an die Stelle der Pfändung der unmittelbare Beschlag auf die Sache oder den entsprechenden Anspruch durch den Konkursverwalter.
4. Mit gleicher Modifikation gilt das unter Nr. I, 4 Gesagte, wenn eine nicht existierende Person als Gläubiger fingiert war.

Eines bedarf noch der Untersuchung. Oben wurde gesagt, der Gläubiger könne Mängel der Hinterlegung durch Genehmigung heilen. Man nehme folgenden Tatbestand an: Der Gläubiger hat die Zahlung einer größeren Geldschuld zurückgewiesen, weil der Schuldner vertragswidrig in Silber zahlen wollte. Der Schuldner

---

[527]) Durch die Anerkennung erklärt der Hinterlegungsgläubiger, das Eigentum nicht erworben haben zu wollen. Seine Annahmeerklärung wird dadurch unwirksam, das Eigentum fällt also auf den Schuldner zurück.

[528]) § 6 KO.

hat darauf in der Meinung, der Gläubiger sei in Annahmeverzug geraten, hinterlegt. Ehe sich noch der Gläubiger dazu geäußert hat, wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet. Kann der Gläubiger auch hier die Hinterlegung mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger genehmigen? Sicherlich hätte er sein Geld schon längst, wenn der Schuldner damals vertragsmäßig angeboten hätte. Dieser Gesichtspunkt schlägt aber gegenüber der allgemeinen Erwägung, daß der Gläubiger eine fällige Schuld unverfolgt ließ, nicht durch. Es ist kein Grund vorhanden, diesen Gläubiger besser zu stellen als andere. Somit kann der Konkursverwalter unter Berufung auf den Mangel eines gesetzlichen Hinterlegungsgrundes das Hinterlegungsobjekt auch hier zur Masse ziehen.

Wäre in dem besprochenen Beispiele das Angebot des Schuldners ein gehöriges gewesen, so hätte es Annahmeverzug ausgelöst und die Hinterlegung wäre rechtmäßig. Die Konkursgläubiger müßten sie also gelten lassen, es sei denn, daß sie anfechtbar wäre. Aber verspottet uns da nicht ein absurdes Resultat? Der nachlässige, in Annahmeverzug befindliche Gläubiger soll besser gestellt sein als der, der mit der Ablehnung von einem guten Rechte Gebrauch machte? Zeigt sich hier nicht § 377 in einem ganz bedenklichen Lichte? Nein, denn die Ursache der befremdlichen Erscheinung liegt nicht im § 377. Die Hinterlegung ist eine Rechtshandlung des Schuldners, mit der er einem Gläubiger Befriedigung gewährt im Sinne der §§ 13 Abs. 3 AnfG. und 30 KO. Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Gläubiger damals angenommen hätte. Die Drittgläubiger müssen solche Befriedigungen, gleichviel auf welchem Wege sie äußerlich gewährt werden, gegen sich gelten lassen, wenn sie einmal nicht den die Anfechtbarkeit ergebenden Tatbestand ausfüllen. Ein Vorwurf wäre also höchstens der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz wegen zu enger Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit zu machen, nicht aber dem Rechte der Erfüllungshinterlegung.

3. Die Wirkungen der Hinterlegung auf das Schuldverhältnis.

§ 39.

A. Rückblick auf bisheriges Recht.

Die Rechtsfolgen der Hinterlegung gipfeln in den Veränderungen, die das Schuldverhältnis erfährt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie bereits angedeutet wurde, die Befreiungswirkungen der Hinterlegung auf neuer Grundlage aufgebaut. Das Neue zu würdigen, soll uns ein kurzer Rückblick auf das Alte befähigen.

Bereits das römische Recht hatte den Grundsatz ausgebildet, daß der Schuldner den hinterlegten Gegenstand zurücknehmen konnte. Doch vermochte das Rücknahmerecht die grundsätzlich mit der Hinterlegung eintretende liberatio des Schuldners nicht aufzuhalten. Bei dem klaren Wortlaut der maßgebenden Quellenstelle[529]) hielt die herrschende Meinung des gemeinen Rechtes an dieser Konstruktion fest.[530]) Sie stellte der Wissenschaft eine schwierige Frage: Wie sollte sich das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Falle der Rücknahme gestalten? War die Obligation erloschen, so daß eine neue mit der Rücknahme entstand? Oder war sie bloß in den Zustand des Ruhens versetzt, so daß sie durch die Rücknahme wieder auflebte? Die Entscheidung mußte für das Schicksal der Akzessorien bestimmend sein. Nur mit der letztgenannten Konstruktion ließ sich ein Fortbestand der Akzessorien vereinigen. Die Frage blieb eine offene.

Der erste Entwurf des Gesetzbuchs versuchte eine Lösung, die zwar im Resultat, nicht aber konstruktiv befriedigen konnte. Grundsätzlich davon ausgehend, daß die Hinterlegung den Schuldner befreie,[531]) ordnete er für den Fall der Zurücknahme an, „daß die aufgehobene Schuldverpflichtung nebst allen Nebenverbindlichkeiten, insbesondere auch den Verpflichtungen aus Bürgschaften mit Rückwirkung wieder auflebe“. Auch Pfandrechte sollten „mit Rück-

[529]) l. 9. C. 8, 42.

[530]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 453 Anm. 2b. Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, daß die Hinterlegung nur eine exceptio gegen die Forderung des Gläubigers gewähre; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 172 Anm. 12.

[531]) § 272 des 1. Entw.

wirkung wieder in Kraft treten", soweit die übrigen Voraussetzungen fortgedauert hätten, welche zu ihrer Gültigkeit erforderlich seien.[532])

Der erste Entwurf rüstete also wie das römische Recht die Hinterlegung als solche mit Liberationswirkung aus und erzwang im Gegensatz zu dieser Konstruktion das Wiederaufleben der Schuld und ihre Akzessorien durch eine umständliche und kasuistische Fiktion. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht auf anderem Standpunkt:

> „Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte" (§ 378).
>
> „Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.
>
> Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten.
>
> Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt" (§ 379).

B. Die Wirkungen der widerruflichen Hinterlegung auf das Schuldverhältnis.

§ 40.

a) Die Wirkungen als solche, insbesondere das Verweisungsrecht des Schuldners.

Die Hinterlegung als solche ist also nicht mehr imstande, den Schuldner zu befreien. Sie gewährt ihm nur das Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu „verweisen", ein Recht, dessen Ausübung in sein Belieben gestellt ist.

I. 1. Um für die Erkenntnis des Verweisungsrechtes Boden zu gewinnen, vergewissern wir uns über die äußeren Umstände seiner Ausübung. Eine Verweisung ohne besondere Veranlassung im Sinne etwa einer Einladung, der Gläubiger möge sich der Hinterlegung bedienen, kann nicht gemeint sein. Sonst würde

[532]) § 275 des 1. Entw.

die Verweisung zu den Wirksamkeitserfordernissen der Hinterlegung gehören, und das ist unmöglich, weil die unwiderrufliche Hinterlegung ohne Verweisung befreiend wirkt.[533]) Die Verweisung kann daher nur Geltendmachung der Hinterlegung gegenüber einem Angriffe des Gläubigers sein.

Welcher Art ist dieser Angriff? Aus § 378 ergibt sich klar, daß nur die unwiderrufliche Hinterlegung dem Schuldverhältnis ans Leben geht. Bei der widerruflichen kann also der Gläubiger nach wie vor Leistung (Erfüllung) verlangen; der Schuldner kann, ohne die Hinterlegung zu widerrufen, leisten, seine Leistung ist echte Erfüllung.[534]) Statt dessen kann der Schuldner aber auch von seinem Verweisungsrechte Gebrauch machen, und das muß heißen, daß er berechtigt ist, die angeforderte Erfüllung unter Hinweis auf die Hinterlegung zu verweigern.[535])

Nun kann aber jeder Schuldner, der gewisse Nachteile, z. B. den Verfall einer Vertragsstrafe auf sich nehmen will, ohne im Genuß eines Weigerungsrechtes zu sein, außergerichtlich die Leistung verweigern. Die eigentliche Ausübung des Verweisungsrechtes läßt sich also nur einer gerichtlichen Geltendmachung des Forderungsrechtes gegenüber denken[536]) und muß hier zur Abweisung der Klage führen. Umgekehrt muß, weil der Gläubiger an sich Leistung beanspruchen kann, das Forderungsrecht seine volle Kraft erweisen, also Verurteilung erfolgen, wenn der Schuldner sein Verweisungsrecht nicht geltend macht. Der Schuldner verfügt also in dem Verweisungsrecht über ein Gegenrecht, dessen Vorhandensein Forderungsrecht und Anspruch des Gläubigers zwar nicht zerstört, dessen Geltendmachung aber die gerichtliche Durchführung des Forderungsrechtes hemmt.

Solcher Gegenrechte auf Leistungsverweigerung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine große Zahl. Man bezeichnet sie als

---

[533]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 59 Nr. 6 S. 17: „Die Verweisung ist nicht ein rechtsgeschäftlicher Akt, eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit der Wirkung der Begründung des Anspruchs des verwiesenen Gläubigers auf die hinterlegte Sache . . .“.

[534]) vgl. Zitelmann, Recht des BGB. Bd. 1 S. 29.

[535]) Objektive Möglichkeit in Ansehung des Leistungsgegenstandes vorausgesetzt.

[536]) vgl. Zitelmann S. 29.

Einrederechte oder als Einreden,[537]) als Einreden deshalb, weil sie „die Eigentümlichkeit haben, nur durch eine Einredehandlung im Sinne der Zivilprozeßordnung[538]) ausgeübt werden zu können".[539]) Zum Unterschied von anderen Einreden werden sie nach ihrer Wirkung rechtshemmende Einreden genannt. Das Recht des Schuldners, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen, ist somit eine rechtshemmende Einrede.[540])

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet rechtshemmende Einreden von vorübergehend und solche von dauernd hemmender Kraft. Die Einrede der Hinterlegung gehört zu den ersteren, den sogen. dilatorischen oder aufschiebenden Einreden: Das Forderungsrecht des Gläubigers ist nur so lange mit der Einredemöglichkeit behaftet, als die Hinterlegung nicht widerrufen ist.

Anderer Meinung ist Kohler. Er liest aus dem Gesetze die Konstruktion heraus, die der 1. Entw. gewählt hatte,[541]) und lehrt: Die Bestimmung, der Schuldner könne den Gläubiger auf das Depot verweisen, wolle sagen, daß die Forderung des Gläubigers durch die Hinterlegung unwirksam geworden sei. Daher sei zu konstruieren: Die Hinterlegung tilge als solche auch als widerrufliche, jedoch mit der Möglichkeit des Wiederauflebens der Schuld.[542])

Diese Auffassung dürfte nicht zu teilen sein. Aus einem Unwirksamwerden der Forderung läßt sich noch nicht auf ein Erlöschen schließen. Freilich wird die Forderung unwirksam, aber nur in dem Sinne, daß der Schuldner trotz ihres Fortbestehens materiell so entlastet ist, wie wenn sie erloschen wäre. Er braucht

— — —

[537]) Eine Einrede im engeren Sinne in bekannter Unterscheidung von der Einrede im prozessualen Sinne (§ 278 ZPO.), zu welcher auch die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einreden gehören. Das BGB. umfaßt die sämtlichen prozessualen Einreden mit dem Namen Einwendung. Vgl. § 202 Abs. 2 BGB.; Planck, Komm. Bd. 1 S. 53 VIII; Kaufmann a. a. O. Bd. 1 S. 226.

[538]) Das ist eine jede abwehrende Einlassungstätigkeit gegen die Klage, die nicht im Vorbringen einer prozeßhindernden Einrede oder in Klagleugnung besteht; vgl. §§ 274, 277, 278 ZPO.

[539]) Zitelmann, Recht des BGB. Bd. 1 S. 29.

[540]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 316 unter V, 1; Planck, Komm. Bd. 2 S. 240 Anm. 1 aff. zu § 379; Müller a. a. O. S. 509; Beer a. a. O. S. 123; Rosenberg a. a. O. S. 231 oben und Anm. 19 daselbst.

[541]) vgl. oben S. 140/41.

[542]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 213ff., insbes. S. 215.

z. B. keine Zinsen mehr zu zahlen.[543]) Von einem Erlöschen und Wiederaufleben der Schuld kann man daher nicht sprechen.[544])

Abgesehen davon läßt sich die Kohlersche Auffassung nicht mit dem Gesetze in Einklang bringen.[545]) Aus § 378 geht hervor, daß nur die unwiderrufliche Hinterlegung mit Tilgungswirkung ausgestattet ist. Und wenn § 379 Abs. 1 sagt: „der Schuldner kann den Gläubiger verweisen", so liegt darin, daß er bei der Verweisung gerade in seiner Eigenschaft als Schuldner handelt und diese Eigenschaft trotz der Verweisung behält. Es liegt darin, daß der andere Teil gerade deswegen von der Verweisung getroffen wird, weil er Gläubiger ist und bleibt. Ganz unverständlich wäre endlich § 379 Abs. 2: Wie könnte das Gesetz das Aufhören des Zinsenlaufs anordnen, wenn es nicht die Forderung an sich als fortbestehend ansähe! M. a. W., die widerrufliche Hinterlegung tilgt den Anspruch nicht, sondern, wie oben ausgeführt, sie hemmt ihn. Was das Gesetz selbst deutlich erkennen läßt, bestätigen die Protokolle.[546])

An anderer Stelle sagt Kohler selbst: die Forderung sei zwar nicht getilgt, aber nach anderen Richtungen hin deckungsunfähig, weil der Gläubiger in der Hinterlegung ein Deckungsmittel zu seiner Verfügung habe, dessen Ausnutzung nur von seinem Willen abhängig sei.[547]) [548]) Zum Vergleich zieht der Schriftsteller die §§ 770, 1137, 1211 BGB. und § 129 HGB. heran, alles typische Fälle des Einrederechtes.[549])

Einen ähnlichen Standpunkt wie Kohler vertritt Endemann.[550])

---

[543]) § 379 Abs. 2 BGB.

[544]) So auch Rosenberg a. a. O. S. 229.

[545]) vgl. Müller a. a. O. S. 509 Anm. 233.

[546]) Prot. Bd. 1 S. 351.

[547]) Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 193 Mitte und S. 207 Mitte.

[548]) Auch diese Deckungsunfähigkeit möchte ich bestreiten, denn was könnte den Schuldner hindern, die Forderung trotz der Hinterlegung durch reguläre Leistung zu decken?

[549]) § 780: Einreden des Bürgen (der Vorausklage und der Anfechtungsmöglichkeit); §§ 1137 u. 1211: Einreden des Eigentümers bei der Hypothek und des Mobiliarverpfänders (die dem persönlichen Schuldner sowie die dem Bürgen zustehenden); § 129 HGB.: Einreden des einzelnen Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft gegen Forderungen, deren Schuldner die Gesellschaft ist.

[550]) Endemann, Bürgerl. R. S. 812 Anm. 21.

„Der Schuldner kann verweisen bedeutet," so lehrt er, „die Hinterlegung dient als Ersatz des geschuldeten Leistungsvollzuges, ebenso wie Preisgabe oder Aufrechnung. Der Schuldner macht also geltend, daß er nichts mehr zu erfüllen hat, der Gläubiger kann sich nur an die hinterlegte Sache halten. Das enthält ein Bestreiten des Gläubigeranspruchs, keine verzögerliche Einrede. Die Geltendmachung des Anspruchs wird nicht bloß gehemmt, . . . der Anspruch wird vielmehr endgültig auf die hinterlegte Sache beschränkt."

Hiergegen muß alles das gelten, was gegen Kohler vorgebracht werden mußte. Insbesondere ist gegen Endemanns Ausführungen einzuwenden: Wollte das Gesetz den Anspruch des Gläubigers endgültig auf die hinterlegte Sache beschränken, so würde es nicht sagen: Der Schuldner kann verweisen. In diesem „kann" liegt, daß noch kein Definitivum vorliegt, daß vielmehr noch eine andere Möglichkeit gegeben ist. Und diese kann nur Tilgung der an sich unberührt fortbestehenden Forderung im Wege freiwilliger Erfüllung sein. Ferner: Würde die Forderung erlöschen, so würden Bürgen und Pfänder frei, eine Folgerung, die Endemann[550]) unbedenklich zieht. Der Verpfänder könnte also Rückgabe des Pfandes verlangen. Wie aber, wenn der Schuldner nunmehr zurücknimmt? Hat der Verpfänder das Pfand inzwischen für sich verwertet, so hat der Gläubiger das Nachsehen.

Die herrschende Meinung,[551]) die nicht eine Tilgung, sondern nur eine Hemmung des Forderungsrechtes durch aufschiebende Einrede annimmt, kann somit gegen Kohler und Endemann unerschüttert Geltung beanspruchen.

Im einzelnen ergibt sich aus der Natur des Verweisungsrechtes als einer aufschiebenden Einrede folgendes:

Das Verweisungsrecht kommt im Prozeß nur in Betracht, wenn der Schuldner die Einrede geltend macht; von Amts wegen findet es keine Berücksichtigung. Der Schuldner kann die Geltendmachung der Einrede nicht nur unterlassen, sondern er kann auf sie, ohne die Hinterlegung zu widerrufen, wirksam verzichten. Ist die Einrede fortgefallen, sei es durch Verzicht oder durch Rücknahme, so kann der Gläubiger trotz vormaliger Abweisung auf Leistung klagen.

Die erfolgreiche Verweisung im Prozeß ist nicht Verzicht auf das Rücknahmerecht. Widerrufsrecht und Schuldverhältnis bleiben

---

[551]) s. Anm. 540 S. 143.

also nach wie vor bestehen, der Gläubiger dringt daher in einem zweiten, vor Wegfall des Einrederechtes von ihm angestrengten Prozesse durch, wenn nicht der Schuldner seine Einrede erneut vorschützt oder die Rechtskraft des ersten Urteils geltend macht.[552])

Hat der Schuldner ungeachtet der Hinterlegung geleistet, so kann er das Geleistete nicht kondizieren.[553])

Auch ohne Geltendmachung durch Einredehandlung zeigt sich das Verweisungsrecht lebendig. Es muß den Schuldner in eine ähnlich günstige Rechtslage versetzen wie eine Stundung: Trotz der Nichtleistung verfällt der Schuldner weder in Leistungsverzug, noch verwirkt er die vereinbarte Vertragsstrafe.[554]) Einseitiger Aufrechnung des Gläubigers kann er widersprechen.[555]) Zwar kann der Gläubiger die ihm gebührende Leistung fordern. Insoweit wäre also dem Postulat des § 387 BGB. Genüge geleistet. Weil aber die Aufrechnung der Forderung materiell einer Leistung des Schuldners gleichkäme, so würde der Gläubiger durch die Aufrechnung über das Weigerungsrecht des Deponenten hinweggehen. Das Gesagte gilt freilich nur für die einseitige Aufrechnung des Gläubigers. Einer einseitigen Aufrechnung des Schuldners gegen die Forderung sowie einer vertraglichen Aufrechnung steht nichts im Wege, weil der Schuldner die Forderung trotz der Hinterlegung jederzeit erfüllen kann.

Die Brauchbarkeit der vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewählten Konstruktion erweist das Schicksal der Akzessorien. Sie teilen das der Forderung. Sie gehen also mit ihr aus der Hinterlegung lebend hervor und erfahren die gleiche Hemmung: Der Bürge kann wie der Hauptschuldner die Einrede der Hinterlegung geltend machen;[556]) der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks sowie der Verpfänder beim Mobiliarpfand kann kraft der Hinterlegungseinrede dem Verkauf der Pfandsache widersprechen.[557])

2. Das Verweisungsrecht ist also ein Einrederecht. Was

---

[552]) Zitelmann, Recht des BGB. Bd. 1 S. 30.
[553]) Ergibt sich aus § 812 BGB.
[554]) Zitelmann S. 31 oben.
[555]) § 390 BGB.
[556]) § 768 BGB.
[557]) §§ 1137, 1211 BGB.

aber ist es als solches? Zitelmann hat für alle subjektiven Rechte folgende oberste Einteilung gefunden[558]):

1. Rechte des rechtlichen Dürfens (Darfrechte),
2. Rechte des rechtlichen Sollens (Sollrechte) und
3. Rechte des rechtlichen Könnens (Kannrechte).

Die beiden ersten Gruppen sind dem formalen Inhalt des objektiven Rechtes abgewonnen. Das objektive Recht wendet sich an die Einzelnen mit Befehlen (Verboten) und Erlaubnissen. Den Befehlen (Verboten) entspringt für die Beteiligten ein Sollen, zufolge dem der Verpflichtete etwas tun oder unterlassen muß. Der Berechtigte hat dann ein Sollrecht. Den Erlaubnissen entspringt ein Dürfen, zufolge dem der Berechtigte, durch Störungsverbote geschützt, etwas Bestimmtes darf. Er hat dann ein Darfrecht. Die sogen. relativen Rechte und Obligationen z. B. sind Sollrechte; die sogen. absoluten wie die dinglichen Rechte sind Darfrechte.

Zur Ausprägung der dritten Haupterscheinungsform subjektiver Rechte kommt Zitelmann auf folgendem Wege. Er stellt fest, daß das objektive Recht vielfach die Möglichkeit gewährt, zur Befriedigung eines rechtlichen Interesses bestimmte Rechtswirkungen zu beherrschen. Als Beispiele dienen das Anfechtungsrecht,[559]) das Recht zur Erbschaftsantretung,[560]) zur Aufrechnung, Kündigung, Genehmigung.[561]) Kann die rechtliche Lage einer Person, welche nach dem Willen des Gesetzes z. B. die Möglichkeit hat, durch Anfechtung eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu beseitigen, als ein subjektives Recht angesehen werden?[562]) Unter einem subjektiven Recht wird verstanden „die durch objektive Rechtssätze hergestellte besondere Rechtslage einer Person gegenüber einer oder allen andern, sofern das Eintreten und die Durchführung des staatlichen Schutzes dieser Rechtslage von der objektiven Rechtsordnung in den Willen jener ersteren Person verstellt ist".[563]) Es ergibt sich, daß Befugnisse der zur Untersuchung stehenden Art stets das Vorhandensein oder die Möglichkeit primärer sub-

---

[558]) Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 1 S. 43/44; Zitelmann, BGB. S. 22/23.

[559]) Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 2 S. 32ff., insbesondere S. 34 unten.

[560]) S. 43 oben.

[561]) S. 44.

[562]) S. 34 unten.

[563]) Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 1 S. 34 Mitte.

jektiver Rechte voraussetzen.[564]) Deren Verkörperung ist eben die beherrschte Rechtswirkung. Die in Frage stehenden Befugnisse gewähren, weil sie subjektive Rechte in ihren Wirkungen beherrschen, wie die primären subjektiven Rechte eine rechtliche Macht. Damit ist das Begriffselement, das sie selbst zu subjektiven Rechten macht, freigelegt.[565]) Sie sind subjektive Rechte, wenn auch, weil ohne primäre subjektive Rechte nicht denkbar, nur in sekundärem Sinne.

Sie können aber weder den Darf- noch den Sollrechten zugerechnet werden. Letzteres nicht, weil von dem Sollen eines Verpflichteten keine Rede ist. Ersteres nicht, weil sich ihr Inhalt nicht damit erschöpft, daß der Berechtigte die zur Ausübung notwendige Handlung vornehmen darf, sondern erst dadurch, daß er mit jener Handlung eine bestimmte Rechtswirkung herbeiführen kann. So tauft Zitelmann diese Rechte „Rechte des rechtlichen Könnens“ oder „Kannrechte“.[566])[567]) Ihre Ausübung geschieht stets durch Rechtsgeschäft; denn sie ist auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet.

Zu welcher dieser drei Arten subjektiver Rechte gehört unser Verweisungsrecht? Als Einrederecht zu derjenigen, der alle Einrederechte angehören. Ein Sollrecht liegt nicht vor; denn der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Geltendmachung seines Anspruchs zu unterlassen. Ebensowenig ein Darfrecht, weil das Einrederecht nicht in der Erlaubnis, die Einredehandlung vorzunehmen, gipfelt, sondern darin, daß der Schuldner durch die Einredehandlung die Abweisung des Gläubigers herbeiführen kann. Das Verweisungsrecht gibt dem Schuldner also „die Möglichkeit, durch Rechtsgeschäft eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen“,[568]) ist somit ein Recht des rechtlichen Könnens.[569])

---

[564]) Ebenda Bd. 2 S. 20/21, 32 Mitte.

[565]) Von Zitelmann für das Anfechtungsrecht gezeigt (S. 34/35).

[566]) S. 32 Mitte, 35 oben; Zitelmann, Bürgerl. R. S. 23.

[567]) Das rechtliche Können muß freilich gerade nur für die berechtigte Person vorliegen. Damit soll gesagt werden, daß „die allgemeine Möglichkeit, durch Errichtung eines Rechtsgeschäftes rechtliche Wirkungen herbeizuführen — eine Möglichkeit, die für jeden geschäftsfähigen Menschen vorliegt —, noch kein Recht über diese rechtlichen Wirkungen, noch kein Recht des rechtlichen Könnens ist“ (Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 2 S. 43 unten).

[568]) Zitelmann, Recht des BGB. Bd. 1 S. 23.

[569]) Das Hinterlegungsinstitut bietet auch noch andere Rechte des recht-

III. So viel über das Verweisungsrecht. Mit ihm sind die Wirkungen der widerruflichen Hinterlegung auf das Schuldverhältnis nicht erschöpft. Fernere Wirkung ist: Der Schuldner tritt, ohne befreit zu sein, in den Genuß der materiellen Vorteile einer Befreiung. Es trägt der Gläubiger die Gefahr, es ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nichtgezogene Nutzungen zu leisten.[570]) Innerlich begründet ist diese Regelung durch folgende Erwägung: Waltet Annahmeverzug ob, so würde der Schuldner die genannten Vorteile auch ohne Hinterlegung genießen;[571]) bei Hinterlegung aus anderen Gründen kommen sie ihm zu, weil er sich der Schuldsache für den Gläubiger entäußert hat. Aus den gleichen Gesichtspunkten ist der Gläubiger mit den Kosten der Hinterlegung und eines Selbsthilfeverkaufes belastet.[572])

§ 41.

b) Die Wirkungen der Rücknahme.

I. Alle diese Wirkungen fallen aus, wenn der Schuldner zurücknimmt. Unter Rücknahme ist auch hier, wie in § 376, der Widerruf zu verstehen, nicht erst der Rückempfang; denn mit dem Widerruf verliert die Hinterlegung für den Gläubiger jedes Interesse. Die Rücknahme ist, wie bereits hervorgehoben wurde, mit rückwirkender Kraft gestattet.[573])

Daraus ergeben sich eine Reihe von Folgerungen.

1. Der Schuldner verliert die Einrede der Hinterlegung; die Einrede gilt als nicht begründet gewesen.

2. Das mit der Hinterlegung betätigte Schuldanerkenntnis gilt als nicht abgegeben; die Hemmung und Unterbrechung, welche die Verjährung des Schuldanspruchs erfuhr, gilt als nicht erfolgt.[574])

---

lichen Könnens. Das Recht des Schuldners auf Hinterlegung, sein Widerrufsrecht, sein Recht, durch Verzichterklärung seine Befreiung herbeizuführen, ferner das Recht des Gläubigers, sich durch Annahmeerklärung zum Eigentümer zu machen, alles das sind Kannrechte.

[570]) § 379 Abs. 2 BGB.

[571]) §§ 300—302 BGB.

[572]) §§ 304, 381, 386 BGB.

[573]) § 379 Abs. 3 BGB.

[574]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 305 Anm. 2d zu § 379; a. M. ohne nähere Begründung Rehbein a. a. O. S. 315 Bem. 12; vgl. oben S. 109 ff.

Das Gleiche gilt von der Hemmung, welche in der Verjährung der actio depositi eintrat.[575])

3. Die Zinspflicht des Schuldners setzt von dem Zeitpunkte ab wieder ein, an dem sie zufolge der Hinterlegung erlosch. Die Aufstellung solcher Nachverzinsungspflicht könnte bedenklich erscheinen aus der Erwägung, daß Zinsen das Entgelt für Kapitalnutzung sind und daß dem Schuldner während der Hinterlegungszeit die Kapitalnutzung im Interesse des Gläubigers unmöglich war. Mühsam gelangt auf diesem Wege für das gemeine Recht zu dem Resultat, daß die Verzinsung, obwohl prinzipiell durch die Hinterlegung nicht aufgehoben, erst mit dem Augenblick der Rücknahme wieder beginne.[576]) Für das Bürgerliche Gesetzbuch läßt sich dies jedoch gegenüber § 379 Abs. 3 nicht behaupten, wenngleich Kohler[577]) anderer Meinung ist.

4. Die Veränderungen bezüglich Haftung und Gefahrtragung gelten als nicht eingetragen.

5. Der Selbsthilfeverkauf wird durch die Rücknahme des Erlöses unwirksam; der Schuldner ist wieder zur Sachleistung verbunden.[578])

6. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Schuldner zur Last.[579])

II. Soweit freilich ein Annahmeverzug des Gläubigers nach der Rücknahme fortbesteht, verbleibt es bei dessen Folgen. Der Gläubiger trägt die Gefahr auch weiterhin, der Schuldner bleibt von Zins- und Nutzungsersatzpflichten befreit.[580]) Ferner dürften die Kosten der Hinterlegung als Aufwendungen, die der Schuldner für Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes machen mußte, anzusehen sein, und daher den Gläubiger treffen.[581])

III. Einer besonderen Abgrenzung bedarf die rückwirkende Kraft des Widerrufs gegenüber der Rechtskraft eines inzwischen ergangenen Urteils, das auf Grund der Hinterlegungseinrede die

---

[575]) vgl. oben S. 101/02.

[576]) Mühsam a. a. O. S. 102/03.

[577]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 215/16; Kohler in J. J. Bd. 17 S. 333—335.

[578]) s. oben S. 62.

[579]) §§ 381, 386 BGB.

[580]) §§ 300—302 BGB.; vgl. Planck, Komm. Bd. 2 S 241 Anm. 2 zu § 379.

[581]) § 304 BGB.

Leistungsklage des Gläubigers abwies. Gilt etwa das Urteil als nicht gerechtfertigt? Bejahung würde zu erwägen geben, ob die damalige Leistungsklage des Gläubigers nunmehr die Kraft gewinnt, den Schuldner mit Rückwirkung in Leistungsverzug zu setzen und ob der Gläubiger die Prozeßkosten kondizieren kann.

Nach der herrschenden Meinung besteht die materielle Rechtskraft, d. h. die „Wirkung“ [582]) eines mit ordentlichen Mitteln nicht mehr anfechtbaren Urteils darin, daß es der Partei „Rechtsgewißheit verschafft“.[583]) Weil die Urteilsfällung ein „Staatsakt von rechtsbestimmender Kraft ist“,[584]) kann die Rechtskraft nicht darin bestehen, daß sie ein privatrechtliches, obligationsähnliches Verhältnis zwischen den Parteien erzeugt.[585]) Die Rechtskraft hat vielmehr öffentlichrechtlichen Charakter, sie ist eine absolute, d. h. „der Richter eines zweiten Prozesses ist an die Entscheidung gebunden, die in dem rechtskräftigen Urteil enthalten ist“.[586]) Er darf wohl noch einmal,[587]) aber nicht im Widerspruch mit dem früheren Urteil über den gleichen Anspruch entscheiden.

Nicht immer aber deckt sich die wirkliche Gestalt des Anspruchs mit der, die ihm eine rechtskräftige Entscheidung auf Grund des vorgebrachten Prozeßstoffes gegeben hat. Das jedoch kann die Rechtskraft der Entscheidung nicht erschüttern, andernfalls wäre die streitige Gerichtsbarkeit überhaupt wertlos. Bindend ist also die Entscheidung über den Anspruch, wie er sich am Schlusse der maßgebenden letzten Tatsachenverhandlung dem Richter darbot. Hieraus ergibt sich, daß aller Prozeßstoff, der etwa vorhanden war, aber nicht vorgebracht wurde, für die Zukunft von jeder gerichtswirksamen Geltendmachung ausgeschlossen ist. Kurz, Rechtskraft ist mit dem Ausdrucke Hellwigs „Unbestreitbarkeit“.[588]) Zwar läßt das rechtskräftige Urteil weder einen zu Unrecht abgesprochenen Anspruch erlöschen, noch einen zu

---

[582]) Hellwig, Rechtskraft S. 20.

[583]) Hellwig S. 11.

[584]) Bülow a. a. O. S. 63/64.

[585]) Hellwig S. 8 oben.

[586]) Hellwig S. 12; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 730 Bem. II zu § 322 ZPO.

[587]) Der Grundsatz „ne bis in idem“ ist dem heutigen Prozeßrechte fremd; Gaupp-Stein S. 730.

[588]) Hellwig S. 12.

Unrecht zugesprochenen entstehen,[589]) doch ist jedes gerichtliche Geltendmachen des wahren Rechtszustandes gegenüber dem Urteil vergeblich.[590]) Nur Beseitigung des Urteils[591]) könnte Wandel schaffen.

Die Rechtskraft erdrückt also die materielle Unrichtigkeit des Urteils, erdrückt sie aber nur dann, wenn diese Unrichtigkeit eine ursprüngliche ist, wenn das Urteil, sei es durch erschöpfenderes Vorbringen des Prozeßstoffes, sei es durch bessere Urteilsfindung richtig hätte erlassen werden können. Anders wenn der Rechtszustand sich nachträglich ändert. Ihn einer entsprechenden neuen Deklarierung darzubieten, verstößt nicht gegen die Rechtskraft des früheren Urteils.[592]) Hier liegt ein neuer Tatbestand vor, den das damalige Urteil weder ergreifen konnte noch wollte.[593])

Auch die Rücknahme der Hinterlegung zeitigt einen neuen Rechtszustand: die Forderung des Gläubigers wird einredefrei. Zufolge der rückwirkenden Kraft des Widerrufs gilt der neue Rechtszustand als derjenige, der immer obgewaltet hat. Es wird also angenommen, als hätte der Gläubiger die Hinterlegungseinrede

---

[589]) Hellwig S. 16.

[590]) Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 142 ff.

[591]) Vom Standpunkt der reinen Logik ist auch diese undenkbar. Indessen ist Nichtigkeits- und Restitutionsklage gegen das Urteil aus Billigkeitsrücksichten (Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 737 Bem. VII a 2) in bestimmten einzelnen Fällen gestattet; vgl. §§ 578—580 ZPO.

[592]) Hellwig S. 12 Anm. 29.

[593]) Anerkannt ist dieser Grundsatz in § 767 ZPO.: Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen, können im Wege der Klage geltend gemacht werden, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind. Es handelt sich hier um die sogen. „Vollstreckungsgegenklage" (Kohler, Über exekutorische Urkunden, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 72 S. 4). Sie bezweckt „den Ausspruch, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unzulässig sei, nicht die Aufhebung des Urteils" (Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 2 S. 457 Anm. I Abs. 2 zu § 767 ZPO.). Sie hat ihren Grund darin, daß das Recht auf Zwangsvollstreckung ein selbständiges, von dem unterlegten Privatrecht unabhängiges ist (Hellwig, Rechtskraft S. 6; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 2 S. 333 Nr. II Abs. 3 der Vorbem. zum 8. Buch der ZPO.). Formell würde die Zwangsvollstreckung auch dann gerechtfertigt sein, wenn die Schuld bezahlt ist. Es ergab sich also die Notwendigkeit, ein selbständiges Mittel zur Verhütung solchen Mißbrauchs auszugestalten, ein Mittel aber, das nicht gegen die Rechtskraft des Urteils verstoßen durfte; daher nur dann anwendbar, wenn es sich um nicht präkludierte Einwendungen handelt.

des Schuldners schon im damaligen Prozeß wirksam bestreiten können. Geschehen ist das aber nicht, geschehen ist vielmehr die Abweisung des Klägers und seine Verurteilung zur Kostentragung. Unmöglich kann nun die Rückwirkung die Kraft haben, nicht Geschehenes geschehen und Geschehenes ungeschehen zu machen. Nur von den abstrakten Rechtsfolgen der Hinterlegung, von den durch sie hervorgerufenen Rechten als Vorstellungsbegriffen kann fingiert werden, daß sie nicht entstanden seien.[594]) Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger mit dem als damals vorhanden geltenden Prozeßstoff durch das rechtskräftige Urteil ebenso präkludiert ist wie mit dem etwa wirklich vorhandenen, aber nicht vorgebrachten. Also die Einrede gilt zwar als nicht begründet gewesen, „unbeschadet jedoch der Wirkungen eines etwa in der Zwischenzeit ergangenen rechtskräftigen Urteils".[595])

Damit sind die oben aufgeworfenen Fragen beantwortet: Der Gläubiger kann weder die Prozeßkosten des damaligen Prozesses kondizieren noch ist seine damalige Klageerhebung imstande, nachträglich einen Leistungsverzug des Schuldners auszulösen.

IV. Wohl aber kann sich außerhalb des Prozesses der Wegfall des Einrederechtes in einer für den Schuldner recht fühlbaren Weise äußern. Soweit nämlich der Eintritt des Leistungsverzuges oder der Verfall einer Vertragsstrafe durch das Vorhandensein des Einrederechtes aufgehalten wurden, soweit läßt auch der Wegfall des Einrederechtes rückwirkend diesen Dingen freien Lauf. Wenn also z. B. für die Leistung ein Tag nach dem Kalender bestimmt war, der während der Hinterlegungszeit verstrichen ist, so bringt sich der Schuldner durch den Widerruf mit Rückwirkung von jenem Tage an selbst in Verzug, sofern nicht Annahmeverzug vorlag. Die Hinterlegung ist eben gerade das Mittel für den Schuldner, in den § 362 Satz 2 aufgeführten Hinterlegungsfällen dem Eintritt eines Leistungsverzuges zuvorzukommen.

Daß die Handlungsweise eines Schuldners, der nach erfolgreicher Vorschützung der Hinterlegungseinrede die Hinterlegung widerruft, eine vornehme wäre, läßt sich allerdings nicht behaupten. Weil er aber mit beiden Handlungen ein Recht ausübt, so kann

---

[594]) Kuhlenbek, Von den Pand. z. BGB. Bd. 1 S. 371, Bd. 2 S. 185 unten.

[595]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 304 Anm. 2a zu § 379; Planck, Komm. Bd. 2 S. 241 Anm. 2 zu § 379.

ein allgemeiner, zum Schadensersatz verpflichtender dolus nicht angenommen werden, wenngleich Rehbein[596]) dies tut. Ein Schadensersatzanspruch würde nur dann gegeben sein, wenn die Ausübung des Widerrufsrechtes nur den Zweck hatte und haben konnte, dem Gläubiger Schaden zuzufügen, was der Gläubiger zu beweisen hätte.[597])

§ 42.

C. Die Wirkungen der unwiderruflichen Hinterlegung auf das Schuldverhältnis.

„Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte."

Die unwiderrufliche Hinterlegung verschafft dem Schuldner wirkliche Befreiung von der Schuld; die Forderung erlischt. Die Befreiung ist eine endgültige und absolute. Sie wird z. B. dadurch, daß die Hinterlegungsstelle irrtümlich dem Schuldner ausfolgt, nicht berührt.[598]) Sie ist nicht von einer Anerkennung des Gläubigers oder einem richterlichen Ausspruch abhängig, der die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. Ihr Eintritt wird auf den Zeitpunkt der Hinterlegung zurückverlegt, mag auch das Rücknahmerecht erst später entfallen sein.

Fraglich ist, ob auch die Vorbehaltshinterlegung (gemäß § 373) befreiend wirken kann. Beer bejaht es.[599]) Dies dürfte unvereinbar mit der Tatsache sein, daß der Schuldner bei der Vorbehaltshinterlegung das Rücknahmerecht durch den Verzicht nicht bedingungslos aufgibt.

Nicht der Empfang, sondern das Empfangsrecht wird von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig gemacht. Seine Entstehung ist an den Eintritt eines künftigen, ungewissen Ereignisses geknüpft; es ist also suspensiv bedingt. Rücknahmeverzicht und Annahmeerklärung sind einer entsprechenden Bedingtheit ihrer

---

[596]) Rehbein a. a. O. Bd. 2 S. 315 Mitte.
[597]) § 226 BGB.
[598]) Kuhlenbeck, Komm. Bd. 2 S. 303 Anm. 1 Abs. 2b zu § 378.
[599]) Beer a. a. O. S. 128 oben.

Wirkung unterworfen. Insbesondere: der Rücknahmeverzicht äußert volle Wirkung erst, wenn Gegenleistung in Erfüllung Zug um Zug angeboten wird.[600]) Und das mit gutem Grunde. § 373 will, wie oben ausgeführt wurde,[601]) der Rechtslage eines Schuldners gerecht werden, der sich gemäß §§ 320, 321 der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen oder der nach §§ 255, 273 ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen darf. Kraft dieser Einreden sichert sich der Schuldner die Gegenleistung. Das sachlich sichernde Element liegt darin, daß er die ihm obliegende Leistung — unter Umständen für immer — behält. Für die Hinterlegung gesprochen muß also trotz Verzicht die Rücknahme möglich sein, wenn anders § 373 jene Sicherungsrechte wirklich ersetzen soll.

Dieses Resultat ist besonders wichtig für den Fall eines Konkurses über das Vermögen des Hinterlegungsgläubigers. Nach § 17 KO. kann der Konkursverwalter die Erfüllung zweiseitiger Verträge, die beiderseits noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, nur Zug um Zug verlangen. Der andere Vertragsteil soll also volle Befriedigung erhalten,[602]) andernfalls braucht er nicht zu leisten. Er kann den Konkursverwalter sogar zur unverzüglichen Erklärung zwingen, ob jener an dem Vertrage festhalten will,[603]) zu der Wirkung, daß Unterlassung der Erklärung den anderen Teil aus der Obligation löst. Daß dem Deponenten, der mit Vorbehalt hinterlegt hat, Berufung auf § 17 KO. gestattet sein muß, erscheint mir selbstverständlich. Dies ist aber juristisch nur dann konstruierbar, wenn man in der geschilderten Weise Bedingtheit des Empfangsrechtes und des Verzichtes annimmt.

Ist hiermit dargetan, daß der Schuldner bei der Vorbehaltshinterlegung sein Rücknahmerecht nur bedingt aufgibt, so dürfte auch erwiesen sein, daß der Verzicht (oder die Annahmeerklärung) hier nicht Befreiung bewirkt. Es ließe sich nur von einer suspensiv bedingten Befreiung sprechen. Das aber widerstrebt der ratio der Hinterlegung, die entweder ein Definitivum, d. h. endgültige Be-

[600]) Nicht, als ob der Schuldner trotz des Rücknahmeverzichts ganz allgemein noch beliebig zurücknehmen könnte. Täte er es dennoch, so wäre solches Verhalten eine schuldhafte Vereitelung des bedingten Rechts im Sinne von § 160 Abs. 1 BGB.

[601]) s. oben S. 63.

[602]) Sein Anspruch ist „Masseschuld“ (§§ 57, 59 Abs. 2 KO.).

[603]) § 17 Abs. 2 KO.

freiung, oder aber das Verweisungsrecht erzeugen soll. M. E. gilt daher von der Vorbehaltshinterlegung das Letztere.

Im übrigen ist die befreiende Kraft der Hinterlegung unbeschränkt. Im Verzichtsfalle tritt die Befreiung ein, mag der Gläubiger die Annahme erklären oder nicht. Sie tritt sogar dann ein, wenn der Gläubiger die ihm aus dem Hinterlegungsvertrage erwachsenen Rechte zurückweist.

Die Befugnis zu solcher Zurückweisung darf man dem Gläubiger nicht absprechen, gelangte man doch sonst zu einem Annahmezwang. Anscheinend legitimieren wir ihn so allerdings dazu, dem Schuldner die letzte Möglichkeit seiner Befreiung zu rauben. Müller[605]) glaubt in der Tat an diese Konsequenz und hält daher eine Zurückweisung für unzulässig. Indessen, warum sollte die Zurückweisung die Befreiungswirkung einer rechtmäßigen Hinterlegung beeinträchtigen? Um ganz sicher zu gehen, kann der Schuldner überdies auf Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung klagen. Was wird sodann aus der hinterlegten Sache, die der Gläubiger nicht haben will? Es läge nahe, an eine sofortige Rückgabe an den Schuldner zu denken. Weil der jedoch die Vorteile der Befreiung genießt, ist hierfür ein rechtlicher Grund nicht zu ersehen. Man wird vielmehr dem Gläubiger den Zugriff offen lassen müssen; er muß die Möglichkeit haben, das zurückgewiesene Recht nachträglich dennoch zu erwerben. Nur dürfen die normalen Zeitmaße dabei nicht überschritten werden. Die Zugriffsmöglichkeit entfällt also mit Ablauf der 30jährigen Präklusionsfrist, und der Schuldner kann nunmehr zurücknehmen. Die Zurückweisung vermag somit dem Hinterlegungsvorgange äußerlich ein anderes Bild nicht zu geben. Nur wenn sie einer Erlaßofferte gleichkommt, wird der befreite Schuldner nach Annahme dieser Offerte ohne weiteres zurücknehmen können.[606])

In einem Falle erweist sich die Hinterlegung sogar von befreiender Kraft, ohne daß der Schuldner auf die Rücknahme verzichtet, ohne daß der Gläubiger Annahme erklärt hat: Wenn sie eine widerrufliche geblieben und der Gläubiger präkludiert ist. Hier stand es dem Schuldner frei, zu widerrufen. Er tat es indessen nicht, hat sich also genau so verhalten, wie wenn er auf

[605]) a. a. O. S. 476.

[606]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 315 unter III, 3a.

das Widerrufsrecht verzichtet hätte, und verdient darum Befreiung.[607]) Bliebe die Forderung bei Bestand, so würde die ganze Hinterlegung ein vergebliches Beginnen sein und der Schuldner am Ende der Präklusivfrist nicht weiter sein als vor der Hinterlegung. Dem Gläubiger wäre damit die Möglichkeit gegeben, die Befreiung des Schuldners lediglich durch Fortsetzung seines ablehnenden Verhaltens gänzlich zu hintertreiben.[608]) Demgegenüber würde sich der Schuldner nicht einmal auf Verjährung der Forderung berufen können,[609]) weil, wie wir gesehen haben, eine Verjährungsfrist neben der Präklusivfrist nicht laufen kann.

In ihren Wirkungen steht die Befreiung durch Hinterlegung jeder anderen gleich. Erfolgt nochmalige Leistung, so steht dem Schuldner die condictio indebiti zu Gebote. Liegt zulässige Teilhinterlegung vor, oder hat der Gläubiger die an sich unzulässige genehmigt, so wird die Schuld nur zu einem entsprechenden Teile getilgt. Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen ipso iure. Das

[607]) Übereinstimmend Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 229 Mitte. — Beer will (S. 89 a. a. O.) nur ein Verweisungsrecht des Schuldners dahin gelten lassen, daß der Gläubiger sich hätte an den hinterlegten Gegenstand halten sollen. Auch Planck leugnet das Erlöschen der Schuld (Komm. Bd. 2 S. 244 Anm. 2 zu § 382). Infolge der von dem Schuldner nach der Präklusion betätigten Rücknahme, führt Planck aus, gelte die Hinterlegung gemäß § 379 Abs. 3 als nicht erfolgt. Die Verjährung des Schuldanspruchs gelte daher als weder unterbrochen noch gehemmt, sondern sei mit Ablauf der Präklusionsfrist vollendet. Damit sei den Interessen des Schuldners Genüge geschehen. Demgegenüber ist aber festzuhalten, daß § 379 Abs. 3 von dem Widerruf spricht, von einer Zerstörung des Empfangsrechtes durch den Schuldner. Im behandelten Falle aber verliert der Gläubiger sein Recht durch eigne Schuld oder Untätigkeit. § 379 Abs. 3 ist also nicht anwendbar. Würden doch sonst sogar die Kosten der Hinterlegung den Schuldner treffen müssen. Außerdem könnte die Verjährung, von der Planck spricht, aus anderen Gründen eine Hemmung oder Unterbrechung erfahren haben; dann würde der Schuldner trotz 30jähriger Hinterlegung leisten müssen. Endlich bietet die Verjährung selbst nur geringen Schutz, weil das zur Erfüllung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann (§§ 222 Abs. 2, 813 Abs. 1 Satz 2). Beers Konstruktion dürfte nicht ausreichend sein, weil zwar eine Hinterlegung ohne Verzicht auf das Rücknahmerecht, aber auch ohne Ausübung desselben vorliegt.

[608]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 318 unter VIII.

[609]) Dafür Hagenauer a. a. O. S. 71 und Müller S. 515 Mitte. Beide Autoren suchen daher nur für den Fall eines zufälligen Versagens der Verjährungseinrede nach einem andern Schutzmittel für den Schuldner. Vgl. hierzu die vorstehende Anm. 607.

Erlöschen wird, wie das der Schuld, auf den Zeitpunkt der Hinterlegung zurückbezogen.

Hieraus folgt aber nicht, daß eine in der Schwebezeit der Hinterlegung durch einen Bürgen betätigte Befriedigung des Gläubigers unrechtmäßig wird, wenn der Gläubiger trotzdem auch noch die Annahme erklärt. Sie wird es ebensowenig wie eine durch den Schuldner in dieser Zeit getätigte Erfüllung. Eine condictio ob causam finitam auf Rückerstattung des Geleisteten steht daher dem Bürgen gegen den Hinterlegungsgläubiger nicht zu. Dem Schuldner ist andrerseits jede condictio gegen den Gläubiger verschlossen. Denn, obwohl er dem Gläubiger gegenüber bereits durch den Bürgen befreit ist, empfängt jener das Hinterlegte nicht auf Kosten des Schuldners, sondern auf Kosten des Bürgen. Die gesamten Rechtsverhältnisse haben sich nämlich durch die Zahlung des Bürgen umgestaltet: die Forderung ist auf den Bürgen übergegangen, und zwar mit allen Nebenrechten.[610]) Der Bürge ist also auch in die Rechtsstellung des Gläubigers aus dem Hinterlegungsverhältnisse eingerückt. Er kann daher von der Hinterlegungsstelle die Herausgabe, von dem Schuldner Abgabe der erforderlichen Legitimationserklärungen gemäß § 380 verlangen. Hat sich der Gläubiger bereits herausgeben lassen, so hat er damit eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Bürgen erlangt, welche dieser ihm mit der condictio sine causa abjagen kann, sofern die Hinterlegungsstelle dem Bürgen nicht unmittelbar verhaftet blieb.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn die unterstellte Befriedigung des Gläubigers von dem Verpfänder einer beweglichen Sache,[611]) eines Schiffes[612]) oder Rechtes[613]) oder von dem Eigentümer des zur Hypothek gestellten Grundstückes[614]) betätigt wurde. Das Gesagte findet ferner Anwendung, wenn der Gläubiger sich aus beweglicher Pfandsache selbst befriedigt hat, doch nur zugunsten des Pfandeigentümers, der gleichzeitig Pfandbesteller ist.[615]) Ist er es nicht, so tritt — ebensowenig wie zugunsten des Eigen-

[610]) § 774 Abs. 1 BGB.
[611]) § 1225 BGB.
[612]) § 1266 BGB.
[613]) § 1273 BGB.
[614]) §§ 1142, 1143 BGB.
[615]) §§ 1247, 1125 BGB.

tümers bei der Hypothek durch die Zwangsvollstreckung — eine cessio legis nicht ein. In diesen Fällen behält also der Schuldner eine condictio indebiti auf Herausgabe des Hinterlegten gegen den Gläubiger, während der Eigentümer gegen den Schuldner seinen Rückgriff nehmen kann.

Als Folge der Befreiung ist endlich noch zu erwähnen, daß der Schuldner Erteilung einer Quittung und Herausgabe eines über die Schuld erteilten Schuldscheins in dem gleichen Maße verlangen kann, wie wenn er geleistet hätte.[616]) So wenig wie der Eintritt der Befreiung ist auch die Entstehung dieser Ansprüche an den tatsächlichen Empfang des Hinterlegten auf der Seite des Gläubigers gebunden. Quittung und Rückgabe des Schuldscheins können vielmehr verlangt werden, sobald das Rücknahmerecht erloschen ist.

[616]) §§ 368, 371 BGB.

Literaturverzeichnis.

Affolter, Über Zession von Forderungen. Im Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring u. Oertmann, Bd. 13 S. 296. Berlin 1897.

Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königlich Preußischen Rheinprovinzen, herausgegeben von Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Köln, Bd. 71 u. 72.

Bartels, Die Hinterlegungsordnung v. 14. 3. 1879. In der Guttentagschen Sammlung preußischer Gesetze Nr. 24. 1900.

Beer, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten. Leipzig 1900.

Bruns, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, bearbeitet von Lenel. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kohler, Bd. 1 S. 73. Leipzig-Berlin 1904.

Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils. Im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Hartmann, Mandry, Wendt, Bülow, Kohlhaas, Bd. 83. Freiburg und Leipzig 1894.

Crome, Französisches Obligationenrecht. Mannheim 1894.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 u. 3. Tübingen und Leipzig 1902.

Czyhlarz, Der Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 13 S. 1. Jena 1874.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Priatrechtsnormen des Reichs. Bd. 2. 5. Aufl. Halle 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle 1904—1907.

Eck, Deposition. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaften von Holtzendorff Teil 2: Rechtslexikon Bd. 1 S. 511. Leipzig 1880.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 11, 12, 17, 18, 33, 48, 59, 61, 64.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 10.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. 1888.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 9. Aufl. Berlin 1903.

Falkmann, Entscheidung des Preußischen Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte v. 26. 3. 1904. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 655.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Anmerkungen. 7. Aufl. München 1906.

Förster, Preußisches Privatrecht, bearbeitet von Eccius. 6. Aufl. Bd. 2 u. 4. Berlin 1892.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 6. u. 7. Aufl. Tübingen-Leipzig 1904.

Grimm, Weistümer. Bd. 2, 3, 5. Göttingen 1840.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901.

Hagenauer, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und code civil. Jenenser Dissert. Straßburg 1901.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hellwig, Verträge über Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hoffmann, Der Geschäftsbetrieb der Versteigerer in Preußen. 2. Aufl. Berlin 1902.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 2. Aufl. Berlin 1904.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. 1. 5. Aufl. Leipzig 1891.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 1. Leipzig 1901.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2. Bonn 1900.

Keil-Gallenkamp, Gesetzessammlung für die Königlich Preußischen Staaten. 7. Aufl. Berlin 1897.

Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Berlin 1905.

Kohler, Annahmeverzug. In Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261. Jena 1879. (zit.: J. J. Bd. 17.)

Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149. Berlin 1897. (zit.: Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13.)

Kohler, Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen. Würzburg 1885.

Kohler, Über exekutorische Urkunden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 72 S. 4. Freiburg 1888.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1: Schuldrecht. Berlin 1906.

Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis, das Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Hinterlegungsstelle und den an der Hinterlegung Beteiligten. Hallenser Dissert. Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1—3. Berlin 1901.

Kuhlenbeck, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze Bd. 2. 3. u. 4. Aufl. München 1907.

Kühne, Die Ungewißheit des Gläubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners. In Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 1. Jena 1879.

Landmann u. **Rohmer**, Kommentar zur Gewerbeordnung. 5. Aufl. München 1907.

Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht. Bd. 1. Tübingen 1907.

Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 96 S. 60. Freiburg und Leipzig 1904.

Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. Freiburg 1898.

Meves, Depositalwesen. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaften von Holtzendorff Teil 2: Rechtslexikon Bd. 1 S. 511. Leipzig 1880.

Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten, herausgegeben im Bureau des Ministeriums des Innern. Jahrg. 1882, 1884, 1894, 1896, 1897, 1899. Berlin.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 2. Aufl. Berlin 1896.

Mühsam, Die gerichtliche Hinterlegung, insbesondere zum Zweck der Schuldbefreiung, nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1900.

Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In Jherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 411. Jena 1900.

Niedner, Das Einführungsgesetz v. 16. 8. 1896. 2. Aufl. Berlin 1901.

Nöll, Das Kommunalabgabengesetz v. 14. 7. 1893, bearbeitet von Freund. 5. Aufl. Berlin 1905.

Obst, Geld-, Bank- und Börsenwesen. 3. Aufl. Leipzig 1906.

Oertmann, Die rechtliche Natur der Prozeßkautionen aus §§ 650, 652 ZPO. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 79 S. 244. Freiburg 1892.

Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 82 S. 367. Freiburg und Leipzig 1894.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1, 2, 6. 3. Aufl. Berlin 1903—1908.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1, 2, 3, 6. Berlin 1899.

Raape, Besitzerwerb ohne Besitzeswillen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bonner Dissert. Bonn 1901.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1903.

Riecken, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle bei der Hinterlegung. Greifswalder Dissert. Greifswald 1900.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 141. Jena 1901.

Schollmeyer, Kommentar zum allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Schubart, Die Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reichs und des preußischen Staates. 17. Aufl. Breslau 1902.

Schwarz, Die Wirkungen der Hinterlegung zur Schuldbefreiung für den Konkurs. Rostocker Dissert. Rostock 1901.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 55. München und Leipzig 1900.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1. Jena 1898.

Unger, Die Verträge zugunsten Dritter. In Jherings Jahrbüchern Bd. 10 S. 1. Jena 1871.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. Leipzig 1885.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp. Bd. 2 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. Leipzig 1897.

Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.